

COLECCIÓN

JUS

PENAL

Libertad de expresión y proceso penal

Carlos Andrés Bernal Castro

Manuel Fernando Moya Vargas

PENAL 4



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia

Carlos Andrés Bernal Castro

Abogado de la Universidad Santo Tomás, especialista en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás y en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Salamanca, graduado con mención especial por trabajo de grado meritorio y miembro de la red de formadores. Coordinador de las Oficinas Especiales de Apoyo de la Defensoría del Pueblo. Profesor en posgrados en las maestrías y especializaciones de la Universidad Católica de Colombia, Santo Tomás y Militar Nueva Granada. Profesor de la Escuela de Armas y Servicios del Ejército Nacional. Profesor investigador del Centro de investigaciones Sociojurídicas de la Universidad Católica de Colombia —CISJUC—. Se desempeñó como coordinador de la Especialización en Procedimiento Penal, Constitucional y Justicia Penal Militar y de la Maestría en Procedimiento Penal de la Universidad Militar Nueva Granada. Autor de varios libros jurídicos.

Manuel Fernando Moya Vargas

Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho de las Comunicaciones, doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, postdoctorante en Semiótica Penal con el acompañamiento del maestro Carlos María Carcova de quien es pupilo. Investigador en temas sociojurídicos desde hace más de 20 años, con una producción intelectual de más de quince obras resultado de investigación en el área penal y numerosos artículos científicos publicados en Colombia y Europa. Profesor de Derecho Penal en pregrado y posgrado en diferentes universidades. Actualmente es profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia y director del postdoctorado en Justicia constitucional para una paz sostenible de la Universidad Santo Tomás.

Carlos Andrés Bernal Castro
Manuel Fernando Moya Vargas

Libertad de expresión y
proceso penal

B
Penal 4



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia

Bernal Castro, Carlos Andrés
Libertad de expresión y proceso penal / Carlos Andrés Bernal Castro
y Manuel Fernando Moya Vargas .- --Bogotá: Universidad Católica de
Colombia, 2015

158 p. 17 x 24 cm._(Colección JUS penal)

ISBN: 978-958-8465-77-7 (impreso)

ISBN: 978-958-8465-78-4 (digital)

1. Libertad de expresión 2. Democracia-Colombia 3. Libertad de informa-
ción-Colombia 4. Derechos civiles-Colombia

I. Título II. Serie III Moya, Vargas, Fernando

Dewey 323.443 SCCD ed. 21

Proceso de arbitraje

1er concepto

Evaluación: 30 de junio de 2015

2do concepto

Evaluación: 30 de junio de 2015

© Universidad Católica de Colombia

© Carlos Andrés Bernal Castro

Manuel Fernando Moya Vargas

Primera edición, Bogotá, D.C.

Julio de 2015

Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas 46-72 piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

*Corrección de estilo, armada y
publicación electrónica*

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Calle 24A # 43-22. Quinta Paredes

PBX: (571) 269 9950

Impreso por:

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A

Carrera 69h #77 - 40, Bogotá.

Tel. (1) 6020808

Facultad de Derecho

Carrera 13 N° 47-49

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el DEPÓSITO LEGAL

© Derechos Reservados

DEDICATORIA

*A la Virgen María, a mi madre, Carmen Julia y a Caty, mi esposa y amiga.
Las tres mujeres de mi vida.*

Carlos Andrés Bernal Castro

CONTENIDO

Introducción

Capítulo 1. Democracia y libertad de expresión

Conclusiones23

Capítulo 2. Elementos que conforman la libertad de expresión: el derecho a informar y a opinar

El derecho a informar31

 La libertad de información en la jurisprudencia nacional41

Derecho a opinar46

 Opinión frente a los procesos judiciales50

Conclusiones52

Capítulo 3. Democracia y proceso penal. Debido proceso y publicidad

Democracia y debido proceso penal59

Democracia, teoría de la comunicación y proceso penal63

Debido proceso penal de doble vía: la legalidad del derecho sustancial y procesal65

Democracia y principio de publicidad en el derecho procesal penal67

 Publicidad, sistemas procesales y verdad70

 Democracia, principio de publicidad y teleología en el proceso penal77

 Peligros generados con la mala utilización del principio de publicidad79

 Juicios paralelos87

Conclusiones	96
---------------------------	----

Capítulo 4. El ejercicio de los roles en el proceso penal. El desarrollo de los derechos de los sujetos procesales y la materialización de la publicidad interna del proceso

El papel de los derechos (derechos fundamentales y garantías) en el proceso penal	102
Campos de aplicación de los derechos fundamentales y garantías en el sistema penal acusatorio	112
Derechos y garantías de cada sujeto procesal	114
Derechos, facultades y atribuciones de las partes e intervinientes en el proceso penal: fiscalía, defensa y víctimas. Desarrollo jurisprudencial	120
Fiscalía	120
La defensa.....	123
Víctimas.....	129
La Procuraduría	132
El juez.....	135

Conclusiones	138
---------------------------	-----

Bibliografía	141
---------------------------	-----

PRÓLOGO

El derecho penal pretende resolver el conflicto social provocado por el delito, por ello la pena es la respuesta natural que esgrime la sociedad contra el delincuente para dar solución a esta contrariedad; pero su ejercicio requiere necesariamente del proceso penal, en el que Ferrajoli se ha esforzado en demostrar que su materialización en los Estados democráticos solo es posible en la medida en que se respeten las garantías judiciales que poseen los procesados; por ello, aunque se pretenda ejecutar el castigo establecido legalmente, es necesario garantizar una serie de derechos para que el acusado sea vencido en juicio en debida forma.

Este es el paradigma que ha sostenido el Estado moderno, pues entiende al derecho penal desde las dos caras de su ejercicio: la protección de los bienes jurídicos de los asociados y el respeto por la libertad de los enjuiciados, que entre otras cosas es el derecho fundante de la culpabilidad¹ bajo el respeto de la dignidad humana en el que se esgrimen los derechos que se comprenden con la denominación de “debido proceso”, en los que caben las garantías de orden sustancial y procesal.

Esa es la base fundamental en la que se ejercita el derecho penal en el Estado social democrático de derecho, pero al mismo tiempo es el reconocimiento de una lucha desigual entre el leviatán: un monstruo de mil cabezas y la persona humana, pues el ejercicio del poder convertido en derecho a penar, debe ser limitado por un marco normativo que restrinja su actividad para que no pase por encima de los

.....
¹ La libertad.

derechos de los ciudadanos, el derecho penal es un derecho humano que se coloca en favor del procesado para que el Estado no lo atropelle. Esta es la inversión del proceso que se produjo en la Modernidad con relación a la actuación del Estado Absolutista. Beccaria comprendió al proceso como el medio público en el que el Estado no obra como un opresor, papel que ejerció el antagonista del Estado Liberal, sino como un ser dotado de legitimidad y racionalidad, por esto el proceso no es forma, es materia, lo que Aristóteles denominaría sustancia, es tangible, real, en otras palabras es justicia, la cual no se soporta en un concepto sino en la realidad viviente del ser humano.

Los juicios deben ser públicos en la medida en que el Estado descubre la cara ética de su ejercicio a sus asociados, él no teme al escarnio social pues ha obrado con lealtad, su investigación arroja resultados correctos que serán corroborados en el escenario judicial, haciendo ver que en su acto no existe mezquindad y que el juicio de reproche extendido al enjuiciado, es justo premio a la consecuencia propia del derecho más humano y más irracional que es el de penar a seres humanos que obrando libremente han cometido delitos. En síntesis, acudiendo a Bentham se entiende al principio en mención como la necesidad de tener en el juicio penal un escenario público en el que se estableciera un control de las pasiones en las que podría caer el juez y el testigo en especial al momento de materializar sus actuaciones.

A lo largo del siglo XX los medios de comunicación remplazaron a la sociedad² en su papel de verificador del juicio y empezaron a realizar el cubrimiento de noticias judiciales con el propósito de transmitir el proceso penal a la sociedad, Anitua entiende que a partir de allí empezó a transformarse el principio de publicidad externa partiendo de la base que el proceso penal ya tenía otras implicaciones que hasta ese entonces no se habían percibido, pues este es el instrumento idóneo en donde se comunica la pena a la sociedad, cumpliéndose con el fin de prevención general, en tal sentido la pena comunica en términos funcionales y estructuralistas la vigencia del ordenamiento jurídico, pero al mismo tiempo le envía un mensaje psíquico a las personas que de cometer los mismos actos

.....
2 Apenas lógico debido a que las salas de audiencia donde se concretaba el juicio penal, no eran suficientes para albergar a todos los que quisiesen satisfacer su curiosidad con relación proceso y fuera de ello, los ciudadanos debían realizar otras actividades de su cotidianidad en las no tenían el tiempo y tampoco la posibilidad de asistir a las audiencias, en tal sentido los comunicadores extienden las salas judiciales a las casas de los ciudadanos por medio de la prensa, radio y televisión, hasta lo que hoy conocemos como las redes informáticas.

tendrán las mismas consecuencias y al mismo tiempo se cumpliría con una labor exclusiva del Estado que está delimitada en el aseguramiento de los derechos de los ciudadanos, en otras palabras, en su seguridad, pues al hacer pública la pena se deja entrever que hay un delincuente menos en las calles.

Así las cosas, el principio de publicidad dejó de ser un examinador de la actividad judicial para convertirse en un principio que no solo realiza esta labor, si no que sirve al Estado para el cumplimiento de su función en la sociedad y a la víctima en su rol de agraviado con la afectación de su bien jurídico. En tal sentido, los medios de comunicación cobraron un significado trascendente que ha llegado a remplazar al monstruo de mil cabezas, brindando una respuesta frente al proceso penal, que en muchas ocasiones se representa por medio de lo que la comunidad jurídica denomina (Bacigalupo, Roxin, entre otros), como “juicios paralelos”.

En este aspecto Roxin reflexiona: “Originar daños directos al inculpado, el cual puede sufrir perjuicios en su salud, en la vida privada o en los negocios, de tal forma que aunque existiese absolucón tales consecuencias persistirían, por otro lado los medios de comunicación pueden falsear la decisión judicial, desarrollando campañas de prensa en perjuicio o en favor del implicado, conllevando a soluciones mediáticas y desproporcionadas normativamente, pues frente a situaciones concretas se puede establecer una pena mayor o menor a la legalmente establecida o influir directamente en ella, también puede participar en la condena de un inocente o en la absolucón de un culpable”.

Las sociedades actuales utilizan dos caminos para obtener dicho resultado: el primero, recurriendo al acusador para solicitar al juez el fallo de responsabilidad penal en contra de los procesados o el segundo efectuando procedimientos informales que ejerzan una presión y cuestionamiento social alrededor del escenario judicial y en especial de las decisiones judiciales.

Los juicios se convirtieron en telenovelas reales que pasan los noticieros de radio y televisión, en crónicas rojas que alimentan el morbo social, en escarnio público fuera del estrado judicial y por otro lado, en programas de opinión que recrean las escenas del crimen alterando el juicio de valoración de los medios de prueba que deben hacer los sujetos procesales en su hábitat natural, por eso la pregunta: ¿Pueden los medios de comunicación valorar pruebas antes de ser llevadas a juicio, en las que se controvierta el principio de presunción de inocencia?, este cuestionamiento no sería válido en los sistemas de enjuiciamiento criminal

inquisitivos en los que existe permanencia de la prueba, pero en los sistemas judiciales con tendencia acusatoria en los que la prueba se materializa y perfecciona en el juicio oral conlleva una importancia colosal, que se sopesa en el ejercicio de los derechos humanos de los intervinientes en el proceso.

La respuesta no puede ignorar el derecho a la libre expresión que tienen los medios de comunicación máxime que es el ejercicio pleno de la democracia, palabra esencial libertad que se inspira en las revoluciones liberales y que tiene un adversario natural, la censura, allí recae la visión del Constitucionalismo que tiene el deber de ponderar el ejercicio de la actividad periodística y el desarrollo del proceso penal con la finalidad de dar soluciones apropiadas al sistema democrático.

Este libro es resultado de la investigación desarrollada por el grupo Conflicto y Criminalidad en la línea Fundamentos y transformaciones del poder punitivo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

LOS AUTORES

INTRODUCCIÓN

Las democracias presentan varias características dentro de los Estados liberales. Particularmente, su significado se encuentra atado a la palabra “libertad”, capacidad de goce y de ejercicio. Creería que va más allá: es la libertad de pensar diferente; tal vez por eso la frase: “¡No estoy de acuerdo!” es la que interpreta esta posibilidad. Pero para decir esto no es suficiente hablar o exteriorizar significativamente el pensamiento; solo en la medida en que se informe el parlante tendrá la posibilidad de acertar en su argumentación, máxime cuando se trata de hacer juicios de valor sobre alguien en particular.

El objeto de esta monografía consiste en analizar si existe una limitación de informar y de opinar por parte de los medios de comunicación cuando se trata del cubrimiento de procesos judiciales de naturaleza penal. Por ello se pregunta: ¿Pueden los medios de comunicación valorar pruebas antes de ser llevadas a juicio, en las que se controvierta el principio de presunción de inocencia? Para dar una respuesta, es conveniente acudir a la normatividad y jurisprudencia vigente nacional e internacional, teniendo en cuenta la ponderación de derechos fundamentales esbozados dentro de la pregunta y las consecuencias que se originan de la solución del problema dentro del contexto de defensa a los derechos humanos.

Palabras claves: presunción de inocencia, garantías procesales libertad, información, opinión, prensa, democracia, derechos humanos, debido proceso, sociedad, víctimas, Estado: liberal, social, derecho.

DEMOCRACIA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

“La libertad de prensa es el oxígeno de la democracia. Sin ella el pueblo no puede autodeterminarse. De cuan extensa sea la primera depende la calidad de la segunda”

*Rodolfo Arango
Periódico El Espectador*

El Estado social de derecho es la reunión de tres modelos de Estado delimitados en uno solo: el Estado liberal, el Estado democrático y el Estado social, (Uprimny, 1995; Bernal Castro, 2006). Todos ellos poseen características que hacen posible su ejercicio y materialización.

El primero, el Estado liberal, se caracteriza por:

El reconocimiento al ser humano como persona, portador de derechos que son connaturales a su existencia y de obligaciones, todos estos cifrados en la dignidad humana como máxima garantía de determinación estatal y como postulado de individualismo, sobre el cual se elabora una serie de derechos fundamentales que harán parte de la manera como el individuo desarrollará su existencia.

El reconocimiento de los derechos individuales determina, por parte del Estado liberal, la obligación de protegerlos al máximo, sin inmiscuirse en su realización y ejecución, pues estos corresponden a la libertad del individuo. Lo único en lo que interviene el

Estado es evitar que los ciudadanos vulneren los derechos individuales de los coasociados. En este sentido el Estado garantiza libertades pero no las hace efectivas.

La concreción de los derechos y obligaciones de las instituciones y de los ciudadanos en la Constitución como máximo instrumento de legalidad, al que todos los miembros de la sociedad se someten y por el cual determinan su comportamiento, todo ello como medio legítimo de autoridad y convivencia que proporciona igualdad y que se basa en el contrato como instrumento de convergencia de las personas.

El respeto a la ley, entendida como la máxima expresión del contrato y del Estado, en la que se encuentran sometidos a su voluntad los ciudadanos y las instituciones.

División de los poderes públicos y equilibrio entre estos, determinando ámbitos de competencia y responsabilidad que se concretan frente a su ejercicio y se desarrollan con base en la ley como parámetro objetivo, que delimita su actividad. De este modo se evita al máximo el desbordamiento de poder que pueda constituir un quebrantamiento a las libertades de los individuos.

El respeto al derecho por parte de los ciudadanos y las instituciones genera una igualdad formal, lo que implica un trato igualitario, que le impone límites al ejercicio de los derechos y las obligaciones por parte de los asociados y las instituciones sometidos al derecho. Así se determinan formas y procedimientos que hacen efectivo el desarrollo de derechos, pero al mismo tiempo el desenvolvimiento del Estado como poder legítimamente determinado en el contrato.

La seguridad jurídica es un valor trascendente en el Estado liberal, pues obliga a los asociados (instituciones y ciudadanos) a someterse al imperio de la ley, delegándole a ella la solución justa, coherente y racional, sobre los problemas que se presentan en la sociedad. De esta forma se convierte en la confianza que depositan los ciudadanos y las instituciones en el derecho, con el objeto de determinar condiciones de trato igualitario para los coasociados.

La justicia se caracteriza por garantizar derechos y procedimientos normativos, haciendo énfasis en el ejercicio normativo del derecho, implementando una interpretación jurídica que respete la seguridad jurídica como valor trascendente del sistema jurídico y de la legalidad.

Por su parte, el Estado democrático se caracteriza por:

Asignar al ciudadano derechos participativos o democráticos, que lo involucren en la toma de decisiones ya sea para elegir o para ser elegido institucionalmente o para participar activamente en la toma de decisiones que afectan a la sociedad.

Entender la participación de los ciudadanos en la designación de personas que formen parte de la institucionalidad y que desarrollen los contenidos programáticos de la Constitución.

Respetar las decisiones de las mayorías, determinadas en la ley y expresadas dentro de procedimientos legítimos por instituciones reconocidas de manera constitucional y por la sociedad.

Desarrollar procedimientos participativos que involucren el respeto por los derechos fundamentales de los ciudadanos, teniendo espacios democráticos debidamente establecidos en la legalidad para intervenir ante la institucionalidad, establecer sus pretensiones y obtener una respuesta argumentativamente sólida por parte de quien tenga la competencia para dirimir la pretensión. Por lo tanto, el discurso racional (Habermas, 2001: 147-197) debe ser el que proporcione la solución a los conflictos que se presentan dentro de la sociedad, por medio de procedimientos reglados que permitan materializar espacios que garanticen la concreción del discurso. Esto es a lo que se denomina debido proceso (Bernal Pulido, 2005: 333 a 379).

Permitir al ciudadano la realización de sus derechos habilitando espacios que concedan una efectiva comunicación. Así el procedimiento permite la discusión como argumentación y que el discurso sea sopesado por reglas racionales que admitan la pretensión del participante. Por ello dentro de este escenario la democracia es comunicación reglada y efectiva que permite convertir a la persona en un ser que escucha y contesta ordenadamente bajo parámetros estructurales; en otras palabras, los sujetos respetan las formas y los procedimientos que concretan derechos y garantizan la seguridad jurídica.

Respetar el derecho a la igualdad de trato ante la ley de los ciudadanos, otorgando al ciudadano la posibilidad de participar ante la institucionalidad en tiempo y espacios determinados para ejercer sus derechos.

Motivar las decisiones que involucren los intereses de la sociedad. Ello posibilita la participación de los ciudadanos por medio de la libertad de información. De esta manera se facilita la libertad de expresión y al mismo tiempo se hace efectiva la po-

sibilidad de promover soluciones justas frente a los problemas sociales por parte del mismo conglomerado. Desde el punto de vista judicial, el elemento fundamental que determina materialmente a la justicia es la motivación de las decisiones, lo que se genera acudiendo al principio de inmutabilidad judicial, que implica la participación activa del juez en todas las etapas del proceso judicial. La consecuencia de esto se determina en el pronunciamiento judicial, el cual debe estar sustentado en razones coherentes, lógicas y racionales. Dicho pronunciamiento se basa entonces en el principio de publicidad, que habilita a los interesados a participar con la interposición de los recursos judiciales a los cuales haya lugar, y así se garantiza el principio de doble instancia, con la finalidad de que otro juez con mayor jerarquía sopesa los argumentos expuestos por el fallador de primera instancia, de tal forma que delimite su actuación a un debate de argumentos jurídicos sobre los que versará su posición final.

Por su parte, el Estado social se caracteriza por:

La solidaridad como valor fundamental. De este modo se configura un modelo de Estado en el que todos los miembros de la sociedad dejan de comportarse como individuos para sobrellevar su papel como colectividad. Esto conlleva inevitablemente a que todos los partícipes asuman comportamientos colaborativos que determinen un sentido de respeto y respaldo por los derechos de todos y cada uno de los miembros de la sociedad. Por otra parte, corresponde al Estado realizar un papel activo o positivo frente a los coasociados efectuando prestaciones y brindando garantías reales y efectivas que determinen la igualdad material en términos concretos y no como mera utopía. Su papel de garantía deja de ser permisivo con el objeto de que los ciudadanos desarrollen sus derechos y se conviertan en un constructor y ejecutor de los derechos de la colectividad, desarrollando actos concretos como Estado que permitan su ejecución (Gómez Pavajeau, 2013).

Reconocer derechos colectivos a la sociedad, de manera que se garantice un mínimo de bienestar hacia todos sus miembros. Esto permite un grado de igualdad material en la medida en que una serie de derechos satisfacen los intereses de la colectividad. Los asociados poseen así un mínimo de prerrogativas que hacen posible un cierto grado de uniformidad en términos de colectividad, concretadas en servicios esenciales con los que la sociedad debe contar para que pueda ser igualitaria, ya no en sentido legal sino en la realidad de su existencia.

Brindar un mínimo de garantías a la sociedad, (derechos prestacionales), que le permitan desenvolverse con condiciones dignas de vida, de tal forma que no sea la ley la que garantice sus derechos, sino que el Estado realice actividades tendientes a posibilitar un mínimo de condiciones de vida a la sociedad. Por ello el Estado debe realizar

•Democracia y libertad de expresión•

políticas públicas que permitan brindar una cobertura social lo suficientemente fuerte para favorecer a la colectividad en aras de garantizar la igualdad material (Arango, 2004: 59-90; Rico Puerta, 2012; Prieto Sanchis, 2007).

Cargas impositivas fuertes en las que la retribución se efectúa según la capacidad económica de cada persona, con la finalidad de financiar la carga burocrática del Estado y la realización de políticas públicas, así como garantizar las libertades positivas de los asociados.

Intervención del Estado en el desarrollo de políticas públicas para garantizar las prestaciones sociales y proteger a la sociedad de los desequilibrios que se pudiesen presentar por parte de esta. De esta forma él participa activamente en la vida de los asociados.

Todas estas características se denominan *Estado social democrático de derecho*, y hasta el momento se mantienen incólumes dentro de nuestra Constitución Nacional. Es a partir de estas finalidades donde surgen todas y cada una de las normas que conforman los sistemas jurídicos y que, para ser constitucionales, deben respetar el contexto de este modelo de Estado. Deben partir de la base de que este es el asiento filosófico, jurídico y político sobre el que se concretan las relaciones jurídicas de los coasociados, generando una interpretación constitucional que obligue a las instituciones y a las personas al respeto de todos los valores y principios que lo sustentan.

Pues bien, el Estado social democrático de derecho es un modelo material de Estado, pues no pretende únicamente ser una finalidad teleológica del sistema jurídico, sino que procura desarrollarse y concretarse efectivamente, de tal suerte que el plexo normativo, desde el punto de vista constitucional, se vuelva una realidad para cada uno de los asociados. Ello representa, desde el escenario social, un cambio de pensamiento, en el entendido de que todos los asociados seamos aceptados como personas y al mismo tiempo seamos tratados en igual forma, sin discriminaciones.

Por ello, el especial recaudo que presenta el modelo de Estado social democrático de derecho se concreta en tener como centro de toda explicación a la persona humana y como su principal derecho reconocer su dignidad. Sobre esta base y fundamento se concretan todas las formas o manifestaciones normativas; en otras palabras, todo sistema jurídico acorde con la norma constitucional debe partir del reconocimiento de la dignidad para desarrollarse.

Este cambio de pensamiento tiene su fundamento en reconocer las falencias del Estado liberal, cuya carga de representatividad era tan alta que sus estructuras se veían perplejas y ausentes frente al dinamismo que se materializaba en la estructura social. Así las cosas, el Estado de derecho, entendido como el sometimiento de los hombres al derecho, generaba una transformación del pensamiento social en el que este se encontraba por encima de los hombres y al mismo tiempo los sometía a su voluntad; ello trajo como consecuencia un positivismo legalista que implicó un serio cuestionamiento en la mitad del siglo XX, consistente en problematizar hasta qué punto el derecho puede estar por encima de los hombres y de qué forma este puede llegar a ser superior a toda forma de interpretación jurídica, de tal suerte que al aplicar el derecho comprendiéndolo como una ciencia pura se estaría cayendo en profundas injusticias, que aunque estuviesen justificadas desde el punto de vista legal, desde el punto de vista ético estarían siendo cuestionadas seriamente por el modelo social.

Así las cosas, las transformaciones producidas en el siglo XX, y más concretamente desde la Segunda Guerra Mundial, avocaron una transformación consistente en encontrar un equilibrio entre las formas y la sustancialidad del derecho y entre la aplicación e interpretación de este, en el entendido de acometer una distinción fundamental frente a la actuación de los poderes públicos y su relación con la sociedad. A la luz de este propósito, el poder ejecutivo, legislativo y judicial no debían someterse solamente al derecho, sino que debían rendir cuentas a los asociados de los actos que realizaban frente a la sociedad; por ello su actitud se volvió dinámica y al mismo tiempo legítima, en la medida en que reconociera a los asociados como propietarios del contrato social. De esta forma la sociedad se convirtió en actora de su propio destino y al mismo tiempo en vigilante del mandato constitucional que le ha otorgado al poder público. Es en este punto donde se unen la sociedad y la institucionalidad.

La relación existente entre Estado y sociedad se torna pública cuando aparece el medio de comunicación. Este es el encargado de efectivizar un derecho fundamental que transformó la existencia de las personas en la modernidad, provocando una visión diferente del concepto de libertad, ya no entendida como simple locomoción o capacidad de trasladarse de un lugar a otro sin restricción alguna, sino como la libertad de poseer, conocer y difundir la información y de opinar con relación a su entorno.

La libertad de información y de opinión se vuelve trascendente en un Estado social de derecho, pues es con base en ella que la sociedad puede comprender la manera en que el Estado actúa. Esto permite que el servidor público rinda cuentas de su gestión y al mismo tiempo deposite la información pertinente al medio de comunicación para determinar su comportamiento con relación al rol que desempeña en la sociedad, o pueda expresar su opinión frente a las situaciones que generen una actividad de vital importancia para los intereses de esta (Huertas Díaz, 2009).

Así las cosas, el valor trascendente que inspira el derecho fundamental a la información y a la libertad de opinión es la democracia, pues es sobre este en que se finca el concepto de la libertad de prensa. Por tanto, se entiende democracia como “el gobierno del pueblo, el poder del pueblo” y como “una forma de organización y ejercicio del poder” (Araújo Rentería, 1996), donde el gobernante tiene que dar cuenta de su gestión al gobernado, que es el verdadero titular del poder. Este concepto trae varios elementos que lo distinguen de las demás formas de organización del poder tales como: el poder del pueblo, la libertad y la igualdad.

La democracia es una forma de desplegar el poder político que se generó, producto de revoluciones y grandes batallas históricas desarrolladas por el hombre que deseaba ser sujeto de derechos y al mismo tiempo de obligaciones, dejando a un lado las cargas, y atropellos de los Estados y los gobiernos monárquicos, autoritarios, totalitarios, dictatoriales, entre otros, que les restaban autonomía y libertad a los seres humanos, para dar paso a un tipo de gobierno donde existen prerrogativas tanto para el individuo como para la colectividad, y al mismo tiempo se estipulan controles y ciertos límites al poderío del Estado y al de sus mismos gobernantes (Fioravanti, 2001; Matteucci, 2008).

El derecho de expresión, el derecho de información y el de opinión surgen como consecuencia de los postulados de los Estados democráticos en los que se entiende que las decisiones tomadas por las autoridades deben ser comunicadas a sus ciudadanos. Con esto se garantiza un control efectivo, con la finalidad de que no haya extralimitación de poderes. La libertad de expresión permite el desarrollo de tres aspectos en las democracias: “1. La deliberación pública informada, 2. El control sobre el poder público, 3. La vigilancia sobre el creciente poder de las empresas privadas en la definición de los intereses públicos” (Álvarez, 2011).

En el mismo sentido, Jiménez Ulloa ha afirmado, en relación con la democracia y la libertad de expresión, que este es un elemento fundamental de la

definición de los derechos fundamentales de los derechos humanos; es un elemento necesario para alcanzar y mantener la justicia social, la paz del mundo y el ejercicio libre de los derechos esenciales del hombre. Lo anterior se encuentra establecido en los preámbulos de los instrumentos internacionales de derechos humanos en América y Europa. Tanto es así que la democracia es reconocida en las dos convenciones regionales (Convención Americana de los Derechos Humanos, artículo 13, y la Convención Europea de los Derechos Humanos, artículo 10) como el único modelo de organización social y política compatible con los derechos garantizados en ellas. Así mismo, la Democracia y la libertad de expresión se encuentran vinculadas, puesto que la libertad de expresión es un derecho fundamental a realizarse en la democracia, y la libre circulación de ideas e información construye democracia y contribuye al reconocimiento de otros derechos fundamentales (Jiménez Ulloa, 2010).

Siguiendo con la relación establecida entre la democracia y la libertad de expresión, se puede comprender que la segunda es un mecanismo expedito de cualquier democracia, de tal forma que entre mayor democracia exista en un determinado Estado, más fuerte se hace el derecho a la libre expresión. En este contexto, el papel de los medios de comunicación se vuelve trascendente en la medida en que desarrollan el principio de publicidad, estableciéndose medios de control sobre el ejercicio del poder público en sus diferentes escenarios. Así, existe un control político sobre los actos de gobierno, un control legislativo sobre la forma como el legislador desarrolla el papel en el Estado y un papel de control judicial entendido en la forma en que se desarrollan las decisiones judiciales y cómo se desarrollan los juicios en las diferentes áreas del derecho. En todas estas manifestaciones de la actividad pública los medios de comunicación generan opinión y control efectivo para materializar el fin último de la democracia, que no es otro que darle participación pública a la sociedad sobre los hechos que generan un interés vital dentro de ella (Navarro Marchante, 2011).

Se considera que la libertad de expresión es la piedra angular de la democracia, pues con ella se permite el desarrollo de la tolerancia, el pluralismo, pero también la supervisión y el control sobre aspectos trascendentes en la vida pública: políticos, electorales, procesos judiciales de trascendencia pública y política exterior. El efectivo ejercicio de la libertad de expresión sirve para fomentar la responsabilidad de los funcionarios públicos y su gestión pública, pero fundamentalmente se puede

concluir que donde no existe control ciudadano y se restringe la libertad de expresión se comienza a debilitar la democracia y a cimentar terreno para los sistemas políticos autoritarios (Jiménez Ulloa, 2010; Uprimny Yepes, 1998). Por ello la censura es el mecanismo expedito para limitar la información y para callarla y, a partir de allí, pasar de la democracia y la libertad a la dictadura.

En ese orden de ideas, la opinión consultiva 5 de 1985 emanada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, refiriéndose al artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos, ha señalado que :

El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...” Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no solo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno [...].

La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.

Frente al mismo tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile en Sentencia del 5 de febrero de 2001, hace alusión a la opinión de la Corte Europea de Derechos Humanos frente al tema en estudio con las siguientes palabras:

La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que la función supervisora de la Corte le impone prestar una atención extrema a los principios propios de una 'sociedad democrática'. La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres.

El artículo 10.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos es válido no solo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una 'sociedad democrática'. Esto significa que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue. Por otra parte, cualquiera que ejerce su libertad de expresión asume 'deberes y responsabilidades', cuyo ámbito depende de su situación y del procedimiento técnico utilizado.

Así mismo, la Declaración de Chapultepec de 1994 se torna en un instrumento indispensable para comprender el fundamento del derecho a la libertad de expresión dentro de la democracia. En ella se delimitan las posibles vulneraciones sobre los derechos de aquellos que informan y opinan dentro de las sociedades democráticas, de tal suerte que solo en el fortalecimiento al derecho a la libre expresión se puedan llegar a determinar espacios legítimos de democracia. En este sentido se puede llegar a comprender que la libertad de expresión: 1. Genera espacios pertinentes para una verdadera participación social en la toma de decisiones; 2. Construye lazos de fraternidad, solidaridad e igualdad entre los coasociados; 3. Determina ámbitos de reflexión que conllevan tolerancia, pluralismo, respeto a la diferencia e igualdad; 4. Permite realizar un verdadero ejercicio de cuestionamiento sobre las prácticas y usos sociales que se materializa constantemente en la vida diaria de los asociados.

Dentro de las formas en que se puede llegar a vulnerar el derecho de libertad de expresión en una democracia, la precitada Declaración señala que:

4. El asesinato, el terrorismo, el secuestro, las presiones, la intimidación, la prisión injusta de los periodistas, la destrucción material de los medios de comunicación, la violencia de cualquier tipo y la impunidad de los agresores, coartan severamente la libertad de expresión y de prensa. Estos actos deben ser investigados con prontitud y sancionados con severidad.

• Democracia y libertad de expresión.

5. La censura previa, las restricciones a la circulación de los medios o a la divulgación de sus mensajes, la imposición arbitraria de información, la creación de obstáculos al libre flujo informativo y las limitaciones al libre ejercicio y movilización de los periodistas, se oponen directamente a la libertad de prensa.

6. Los medios de comunicación y los periodistas no deben ser objeto de discriminaciones o favores en razón de lo que escriban o digan.

7. Las políticas arancelarias y cambiarias, las licencias para la importación de papel o equipo periodístico, el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión y la concesión o supresión de publicidad estatal, no deben aplicarse para premiar o castigar a medios o periodistas.

10. Ningún medio de comunicación o periodista debe ser sancionado por difundir la verdad o formular críticas o denuncias contra el poder público.

[www.declaraciondechapultepec.org/. declaración adoptada por la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión celebrada en México, D.F., el 11 de marzo de 1994 (Sociedad Interamericana de prensa), suscrita por Colombia].

Por otro lado, la Corte Constitucional ha marcado la importancia de la libertad de expresión frente a una sociedad democrática señalando tres reglas constitucionales: “1. Una presunción en favor de la libertad de expresión, que supone la primacía de esta libertad frente a otros derechos, valores y principios constitucionales en casos de conflicto, incluso del buen nombre y la honra, según el caso. 2. El supuesto de inconstitucionalidad en las limitaciones relacionadas con la libertad de expresión en materia de regulación del Estado y 3. Finalmente, la prohibición de la censura previa” (Sentencia T 218 de 2009).

Conclusiones

- En conclusión, el modelo de Estado social y democrático de derecho presenta una transformación en la forma en que la sociedad comprende sus derechos y especialmente en la manera de ejercerlos, de tal suerte que este modelo de Estado permite la consolidación de los derechos humanos a partir del concepto de dignidad humana, siendo determinante garantizar la libertad en todas sus manifestaciones como forma genuina de concreción de este.
- Una de esas formas de comprensión de la libertad se constituye en la libertad de expresión, que se encuentra conformada por el derecho a la información y

la libertad de opinión. Encuentra su raigambre en el ejercicio de la democracia y establece con ella una relación inescindible en la cual una es la base de la otra, de tal suerte que a mayor libertad de expresión, mayor democracia, mientras que una restricción profunda de la libertad de expresión se puede considerar la materialización de un régimen autoritario.

- Por otra parte, el vehículo que materializa el ejercicio de la libertad de expresión, de opinión y de información se encuentra en la actividad desarrollada por los medios de comunicación. A ellos el Estado debe garantizarles una protección especial que permita el acceso a la libertad de información y el respeto por la libertad de opinión. De este modo se hace posible que el medio de comunicación tenga libertad, garantice la información, informe, consolide opinión pública y establezca espacios de respeto, tolerancia y democracia que permitan cohesión social fruto de la participación ciudadana.
- El ejercicio de la actividad periodística que se concreta en el derecho a la libertad de expresión hace posible concretar un control político legislativo y judicial sobre la manera como la institucionalidad se comporta. Por ello, en un Estado democrático debe existir gran volumen de información, que posibilite su circulación, de tal forma que ella pertenezca a la sociedad; no se debe ocultar y mucho menos censurar, pues así se debilita el ejercicio del control de los medios de comunicación y al mismo tiempo se vulnera el interés democrático, que no es otro que abrir el debate de la opinión pública sobre las situaciones que la afectan.
- El derecho a la libertad de expresión se comprende desde el ámbito de los derechos humanos: es un derecho humano y como tal debe ser protegido como deber de garantía los Estados democráticos. Ahora bien, este es un derecho cuyo ejercicio también presenta responsabilidades, límites, debido a que penetra en otros ámbitos del ejercicio democrático y puede poner en situación de vulnerabilidad derechos fundamentales. Por ello es pertinente delimitar su concepto y sus restricciones. Este es el análisis de la siguiente disertación.

ELEMENTOS QUE CONFORMAN LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: EL DERECHO A INFORMAR Y A OPINAR

Tal como se venía manifestando en el apartado anterior, la libertad de expresión es un derecho constitucional fundamental (un derecho humano). El artículo 20 de la Carta Política consagra varios derechos y libertades fundamentales distintos a la luz de los convenios internacionales:

(a) La libertad de expresar y difundir [...] Esta libertad fundamental constituye la libertad de expresión *stricto senso*, y tiene una doble dimensión –la de quien se expresa, y la de los receptores del mensaje que se está expresando, (b) La libertad de buscar o investigar información sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole, que junto con la libertad de informar y la de recibir información, configura la llamada libertad de información, (c) La libertad de informar, que cobija tanto información sobre hechos como información sobre ideas y opiniones de todo tipo, a través de cualquier medio de expresión; junto con la libertad de buscar información y la libertad de recibirla, configura la llamada libertad de información, (d) La libertad y el derecho a recibir información veraz e imparcial sobre hechos, así como sobre ideas y opiniones de toda índole, por cualquier medio de expresión. Junto con los anteriores elementos, configura la libertad de información, (e) La libertad de fundar medios masivos de comunicación, (f) La libertad de prensa, o libertad de funcionamiento dichos medios masivos de comunicación, con la consiguiente responsabilidad social, (g) El derecho a la rectificación en condiciones de equidad, (h) La prohibición de la censura, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (i) La prohibición de la propaganda de la guerra y la apología del odio,

la violencia y el delito, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, (j) La prohibición de la pornografía infantil, y (k) La prohibición de la instigación pública y directa al genocidio (sentencias T 391 de 2007 y T 218 de 2009).

En cuanto a la inclusión de la libertad de opinión dentro de la libertad de expresión, se puede leer el siguiente apartado expresado por la Corte Constitucional:

La libertad de expresión, en consecuencia, además de ser fundamental e inherente a todas las personas, puede ser definida como un derecho que le permite a todos, comunicar y exteriorizar libremente sus pensamientos, opiniones, conceptos, ideas y creencias a través de cualquier medio que sea pertinente para el efecto, oral, escrito, impreso, artístico, etc., y el derecho derivado de esa garantía, a no ser molestado por dichas expresiones (sentencias de la Corte Constitucional T-1198 de 2004 y T 218 de 2009).

Así las cosas, este derecho debe estudiarse desde diversos ámbitos de aplicación. Cabe recordar que, al ser derechos fundamentales, sus características normativas hacen que sean considerados como principios, normas de textura abierta del derecho que determinan en su expresión de lenguaje varios significados, dependiendo del contexto donde se apliquen. Como tal, sobre ellos existe la posibilidad de concentrar gran multitud de casos que pueden ser dilucidados desde su posición, de tal suerte que su aplicación radica en el grado de interpretación que haga el juez constitucional para explicar un caso en particular. Por otra parte, son mandatos de optimización que concretan formas de interpretación correctas del derecho que hacen legítimo el actuar del Estado frente a la sociedad. Son, entonces, parámetros éticos sobre los cuales se basa un sistema de interpretación legítimo del derecho y deberes que el Estado tiene que garantizar. Sin embargo, dentro de estas normas no se establece la forma concreta en que se deben utilizar en un contexto determinado. Por lo tanto, le corresponde al juez constitucional especificar su ámbito de aplicación en cada caso en particular (Hart, 1961; Dworkin, 2007; Alexy, 2003 y 2001).

Es por esto que las sociedades democráticas desarrollan el derecho a la libertad de expresión delimitando diferentes formas en las que este puede operar, sin que ello quiera decir que no existan otras maneras novedosas sobre las cuales se pueda plantear la aplicación de este principio. El ejemplo más notorio sobre lo planteado son las redes sociales tales como Facebook o Twitter: ámbitos de aplicación de los derechos enunciados que en un momento histórico de la vida del

•Elementos que conforman la libertad de expresión: el derecho a informar y a opinar.

hombre no se tenían considerados. Tanto es así que hoy en día se permite decir que estamos frente a una sociedad globalizada a la que autores como Manuel Castells denominan “la sociedad de la información”. En el mismo sentido, el profesor Pablo Navarro Sustaeta establece que esta es una característica de las sociedades postindustriales. Según este autor, el uso de las redes sociales ha generado una revolución de la comunicación, que hoy en día se enerva desde el uso de nuevas tecnologías como la plataforma óptima para la concreción de los derechos en estudio (Castells, 1997; Castro Cuenca, 2009).

Ahora bien, entre mayor ámbito de aplicación tienen estos derechos, mayor responsabilidad tienen los que generan su realización. Piénsese que con las informaciones y afirmaciones que se hagan inevitablemente se ponen en tela de juicio los derechos de otras personas. Por lo tanto, su posible vulneración va a producir un daño de tal magnitud que haría infructuoso su resarcimiento. Plántese por ejemplo la afectación de los derechos y garantías fundamentales de los procesados en materia penal cuando sobre estos se generan juicios paralelos de responsabilidad; en este caso, el abuso del ejercicio del derecho a libertad de expresión coloca en un serio aprieto a aquel que probablemente podría recibir un castigo, que es el más grave de todos: la imposición de una pena. La pregunta sigue elaborándose desde la modernidad: ¿Qué pasa si esa persona es inocente? (Derecho penal clásico: Beccaria, Carrara, en el garantismo penal: Baratta, Ferrajoli). Por ello se ha dotado al derecho penal de garantías para que la acción penal se ejecute en un ámbito de transparencia, objetividad e imparcialidad, que legitime la pena cuando el Estado logre derrumbar la presunción de inocencia de aquel que ha sido juzgado (sobre este punto se puede leer a Bacigalupo, 2002 y Ferrajoli, 2005).

Así pues, los derechos en comento permiten el ejercicio del pluralismo, el debate y control sobre las actividades públicas que le interesan a la sociedad. Su conceptualización debe partir del reconocimiento de la responsabilidad que implica el ejercicio de este derecho. En este escenario se debe llegar a concluir que, como todo derecho fundamental, este es absoluto en el grado de su reconocimiento y es relativo en su ejercicio, pues debe entenderse que dentro de la vida cotidiana los derechos fundamentales se encuentran en pugna, es decir, se encuentran permanentemente confrontados frente a otros derechos que son inherentes al ser humano y que tienen la misma naturaleza. Por ello, frente a cada derecho existen ámbitos de aplicación y espacios de restricción.

El derecho a la libertad de expresión presenta restricciones en su ámbito de aplicación, las cuales generan responsabilidades ulteriores teniendo en cuenta la Convención Interamericana de Derechos Humanos, consagradas en el artículo 13.2, que determina que para que pueda limitarse la libertad de expresión deben verificarse tres condiciones: “1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática”.

Al mismo tiempo, las medidas de restricción deben cumplir ciertos parámetros porque, de no existir, estas restricciones se tornarían en absolutas. Por tanto, en el caso de Herrera Ulloa contra Costa Rica, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala algunos aspectos que se deben tener en cuenta. Así pues, la necesidad y la legalidad de las restricciones deben ir dirigidas a satisfacer un interés público imperativo; debe escogerse aquella medida que vulnere en menor medida el derecho protegido. Además, la medida debe ser útil, oportuna, proporcional y justificada en intereses colectivos fundamentales que determinen una mayor preponderancia del interés general que se encuentre sobre la libertad de expresión.

Por otra parte, la Convención Europea de Derechos Humanos reafirma que para realizar la restricción de este derecho fundamental no basta simplemente con argumentar la utilidad y la oportunidad de la medida, sino que debe obedecer a una necesidad social imperiosa, que justifique su objetivo (Jiménez Ulloa, 2010).

Cada uno de los Estados y de las organizaciones internacionales de derechos humanos conciben y respaldan los valores supremos y trascendentales que inspiran la democracia, teniendo como aliado fundamental la libertad de expresión. Esta se coloca por encima de otros derechos como la honra, la intimidad y el buen nombre, sin que ello implique la imposibilidad de efectuar un ejercicio de ponderación o de test de proporcionalidad de derechos cuando estos se encuentren en pugna. Es decir, una cosa es entender la preeminencia de los derechos comprendidos como libertad de expresión dentro del contexto democrático y otra que se entienda que estos siempre estén por encima de otros sin importar el caso. El ejercicio de ponderación debe seguir siendo efectivo, comprendiendo una situación sumamente clara y que revista de cierta gravedad para que sean amparados los derechos. Aparte de ello, se puede colegir que la argumentación que debe esgrimirse con la finalidad

•Elementos que conforman la libertad de expresión: el derecho a informar y a opinar.

de satisfacer la posibilidad de restricción debe concretarse en explicar adecuada y proporcionalmente la medida para que ella pueda concretarse.

En tal sentido, se comprende que cuando estamos frente a la restricción del derecho a la libertad de expresión es imperioso realizar un test de proporcionalidad tal y como lo avocan la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Aparte de ello, dicha restricción debe estar designada en una ley de manera precisa y exacta, la cual explique los motivos por los cuales se restringe la libertad. Además, se deben fijar los fines legítimos que persigue la restricción a la medida. Sin embargo, cabe señalar que dichas finalidades difieren, pues en la convención americana se circunscriben al respeto y a la protección de los derechos o la reputación de los demás, así como a la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública, mientras que la Convención Europea de Derechos Humanos se remite a seguridad nacional, integridad territorial o seguridad pública, la defensa del orden, la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, la prohibición de la divulgación de información confidencial y la garantía de la autoridad e imparcialidad del poder judicial. Esto nos lleva a pensar que, frente a este punto, en América Latina la restricción a la libertad de expresión es menor que en Europa o, en otras palabras, el ámbito de aplicación de la restricción en América es menor que en Europa.

Otro elemento que conforma este juicio es la consideración de que dichas restricciones deben ser necesarias para alcanzar el objeto propuesto dentro de una sociedad democrática. En ese sentido, finalmente se debe ejecutar un test de proporcionalidad entre el objetivo planteado y la finalidad perseguida, de tal forma que no se vulneren valores democráticos de vital trascendencia para la sociedad y que las razones que sirven de base para las restricciones no obedezcan a simples caprichos de aquel que solicita la restricción del derecho. Así como antes, se puede establecer una comparación: mientras la Convención Americana de Derechos Humanos exige un interés colectivo fundamental para ese propósito, la Convención Europea demanda una necesidad social imperiosa. Esto quiere decir que no cualquier tipo de argumentación para la consecución de la restricción es legítima, sino que ella debe obedecer a razones que superen los requisitos que aquí acabamos de describir (Opinión Consultiva 5 de 1985, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Caso La última tentación de Cristo vs. Che) (Jiménez Ulloa, 2010; Uprimny, 1998).

La Corte Constitucional, en diferentes jurisprudencias, al referirse sobre el presente tema de estudio (sentencias T 512 de 1992, T 611 de 1992, T 080 de 1993, T 332 de 1993, T 259 de 1994, T 293 de 1994, T 074 de 1995, SU 056 de 1995, T 322 de 1996, T 066 de 1998, T 605 de 1998, SU 1723 de 2000, T 036 de 2002, T-1198 de 2004, T-391 de 2007 y T 218 de 2009], expresa la importancia de delimitar el derecho a la información y a la libertad de opinión (en lo que respecta a la actividad periodística), pero nunca limitarla, puesto que ello ocasionaría un grave peligro para la democracia, corriendo el riesgo de que en diferentes oportunidades las informaciones que se expresen por parte de los medios de comunicación vulneren los derechos fundamentales a la honra, al buen nombre y a la intimidad de los individuos.

Por otra parte, el ordenamiento jurídico que rige la acción de tutela (Decreto 2591 de 1991, art. 42), en nuestro Estado, contempla como requisito indispensable que para acudir al mecanismo constitucional debe efectuarse previamente el derecho a la rectificación de la información, todo ello partiendo de la concepción de que el medio informativo actúa bajo el postulado del principio de la buena fe (instaurado en el artículo 83 de la Constitución Nacional) y que por ello, si la información suministrada al público es errónea, debe ser confrontada con la de quien resultó perjudicado y corregida por el informador (periodista) antes de recurrirse a la administración de justicia ejercitando la acción reseñada.

Desde la perspectiva de la actividad informativa, el derecho a informar y a opinar se concibe como un medio de adquisición y promulgación establecido dentro de un sistema democrático, que desempeña un papel fundamental en el desarrollo de la actividad social y personal. Se contempla como un derecho amplio que cobija a todos los individuos del conglomerado social y que se ve protegido de tal manera que el derecho de rectificación de la información se antepone a otra acción judicial que tenga otro tipo de consecuencias jurídicas.

Es entonces evidente que el ejercicio de este derecho es capaz de producir cambios en todos los campos de interacción humana. Se establece como un medio de comunicación primordial, dado que afecta nuestro modo de actuar y razonar, y es por ello que se le debe dar la importancia suficiente. Es necesario, pues, delimitar su contenido para reconocer qué se protege y cuáles son sus límites en el entorno jurídico.

•Elementos que conforman la libertad de expresión: el derecho a informar y a opinar.

El derecho a informar

Con respecto al estudio del derecho a informar y sus elementos compositivos, resulta pertinente expresar que este es un derecho que se aplica desde diversas perspectivas o, en otras palabras, presenta diferentes casos que hacen que su aplicación determine criterios argumentativos disímiles por seguir frente a cada caso en particular. Dichos casos los ha clasificado el profesor Uprimny (1998) así: la diferencia entre emitir opiniones y afirmar hechos, la distinción entre distintas esferas de intimidad de las personas, el carácter público o no de la persona afectada, la existencia o no de un interés general en la divulgación de la información, el grado de afectación de la intimidad en relación con la importancia que puede tener la información para un libre debate democrático sobre asuntos colectivos, el carácter injurioso o no de la información revelada, el contexto o foro en el cual es manifestada la opinión o es revelado un hecho, los tipos de discursos, pues merecen mayor protección aquellos que se refieren a los debates esenciales de la vida colectiva.

Así mismo, se debe comprender cuáles son los ámbitos sobre los cuales se presenta la libertad de información (derecho a la información de las personas públicas y privadas), ya que, por la naturaleza de este derecho, su materialidad abarca grandes áreas de la vida social. Es necesario entonces efectuar su exposición desde diferentes manifestaciones jurídicas sobre las que se ha desarrollado. Con ese propósito, es pertinente analizar varios tipos de fuentes que brinden una adecuada percepción de los elementos que integran dicha libertad, tomando para ello instrumentos y decisiones internacionales que han permitido al derecho en comento ampliar su concepto y contenido.

Las primeras fuentes internacionales que se han manifestado sobre el tema y que tomaremos como base de nuestro análisis son: la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), la Convención Europea de Derechos Humanos, (CEDH), la Declaración de Chapultepec y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Sin embargo, es pertinente aclarar que sobre el tema en particular también se pueden señalar: la Convención sobre el Derecho Internacional de Rectificación de 1952, la declaración de principios sobre la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000, la Declaración de Santiago de 1994, la Declaración de Quito de 1995 y la Declaración Conjunta de Quito de 2002. En particular, frente a tratos discriminatorios de la mujer con

relación al derecho de la libertad de expresión se pueden acoger: la declaración sobre la discriminación contra la mujer de 1967, la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 y su protocolo facultativo, la declaración sobre la eliminación de violencia contra la mujer de 1993 y la convención interamericana para prevenir, sancionar, y erradicar la violencia contra la mujer o Convención Belém Do Para de 1995. Estas normas son descritas por el profesor Navarrete Monasteres en su artículo “Libertad de expresión en el sistema interamericano” (2005). Por otra parte, se puede estudiar la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana como fuente que interpreta su análisis en el derecho nacional. De esta forma, tanto la primera fuente como la segunda se complementan, proporcionando argumentos coherentes, lógicos y pertinentes que facilitan su conocimiento.

En efecto, con relación a las fuentes derivadas de los instrumentos internacionales, la *Convención Americana de Derechos Humanos* (CADH) relaciona el derecho a informar y a opinar de manera amplia en su artículo 13, estableciendo una descripción del derecho al libre pensamiento y expresión. Este derecho es conexo al derecho a informar y opinar.

Con el fin de identificar elementos pertenecientes al derecho a opinar e informar, se debe efectuar un análisis de fondo e interpretación frente a este artículo.

El artículo 13 de la CADH está dividido en cinco incisos, los cuales se estudiarán de manera individual:

1. El primer inciso nos aclara que este es un derecho de todos los individuos, entendido de forma personal y colectiva (Opinión 5 de 1985, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Se manifiesta de tres formas: a) buscar, lo que nos da la capacidad de encontrar todo tipo de información a nuestro alcance; b) recibir, que nos ofrece la posibilidad de ser informados por cualquier medio, sea escrito, audiovisual o de cualquier otra índole; y c) difundir, que nos permite transmitir esa información que obtuvimos de cualquier manera y a cualquier persona. En esta medida, buscar, recibir y difundir se convierten en elementos que posibilitan el ejercicio de esta libertad.
2. El segundo inciso establece la imposibilidad del Estado de limitar por medio de la censura previa las actividades propias del derecho y aclara que debe existir una responsabilidad ulterior determinada por los siguientes criterios:

•Elementos que conforman la libertad de expresión: el derecho a informar y a opinar•

- a) Respeto a derechos o a reputación de los demás.
 - b) Protección de la seguridad nacional.
 - c) Protección del orden público.
 - d) Protección de la salud.
 - e) Protección de la moral pública.
3. El tercer inciso establece que no pueden existir medios indirectos de control como: abuso de controles del papel para periódicos o radiofrecuencias y aparatos destinados a la difusión de la información. Esto es importante pues son elementos necesarios para la adecuada protección y materialización del derecho.
 4. El cuarto inciso, en contrariedad y condicionalidad del segundo, describe que existe la posibilidad de censura previa a espectáculos públicos siempre y cuando los fines sean únicamente para protección a la infancia y adolescencia.
 5. Por último el quinto punto detalla la prohibición de propaganda que tenga una carga de odio o violencia en contra de cualquier persona sin discriminación alguna, o que además incite a la comisión de conductas ilegales.

En torno a lo señalado existen ciertos elementos que podemos identificar dentro de la CADH que son:

- a) El derecho a la libre expresión es otorgado a toda persona sin excepción como parte esencial de la interacción humana.
- b) Este derecho es compuesto, porque en su desarrollo se ven involucrados el informante y el informado, obligando al Estado a brindar garantías para los dos, bajo el mismo fundamento.
- c) Pueden llegar a existir límites al derecho que se contemplan como restricciones, pero sobre algunas materias y no pueden excederse a estas.
- d) Para el derecho existen límites que deben ser considerados *a posteriori*, pues su responsabilidad se presume de una infracción a un derecho.

- e) Existe una violación al mismo derecho que se constituye por quien en principio es quien lo ejerce. Radica en que quien informa, si lo hace de manera parcializada o falsa, viola el derecho del informado.
- f) Por ningún motivo se autoriza la censura previa, lo que obedece a que no puede haber ninguna prohibición acerca de informar de un acontecimiento previa ocurrencia de este. La única excepción es el caso referente a los espectáculos, siempre y cuando los fines sean únicamente para protección a la infancia y adolescencia.
- g) No debe destinarse como una herramienta que genere disparidad entre la sociedad hacia ningún individuo o grupo.
- h) No se deben utilizar medios de comunicación para promover conductas que vayan en contra del ordenamiento jurídico.
- i) La prevalencia de la libertad de expresión como valor fundamental de la sociedad democrática.
- j) Este derecho presenta restricciones en el ámbito de aplicación en situaciones que determinen un interés social relevante, lo que hace entender que no es un derecho absoluto sino que puede ser limitado de manera proporcional.

Aquí encontramos entonces las estipulaciones que nos sirven para entender, entre otros, los límites y alcances que posee el derecho a la información, al que gradualmente se adicionarán más elementos a la luz del estudio de las demás fuentes. Estas pueden brindar diferenciadores o comparativos que creen un panorama claro de lo que se representa como el derecho a la información.

Por su parte, la Convención Europea de Derechos Humanos ha desarrollado el derecho a la libertad de expresión de forma más concreta, expresando un concepto similar al determinado por la Convención Americana, pero distinto en cuanto a lo que tiene que ver con la limitación o restricción del derecho. En el artículo 10° se adicionan otras circunstancias especiales, determinando una clase de “control” para este derecho, fundamentado en las responsabilidades implicadas en la ejecución de estas.

En la lectura del inciso segundo del artículo 10° se puede observar la importancia que tiene el cumplimiento por parte del Estado de los deberes y responsabilidades en el ejercicio del derecho a la libre expresión. Esta garantía acarrea una carga substancial para la sociedad, haciendo necesarias ciertas formalidades, condiciones o restricciones que únicamente pueden ser previstas por la legislación

•Elementos que conforman la libertad de expresión: el derecho a informar y a opinar.

de cada país, siempre y cuando se protejan elementos propios del Estado como: la seguridad, la salud, la moral, la prevención del delito y el orden público, entre otros. Esto se justifica en la medida en que hay informaciones confidenciales o informaciones que pueden llegar a afectar la imparcialidad del poder judicial (Convención Europea de Derechos Humanos, art. 10°).

Por último, los aspectos destacables del derecho a la información que pueden identificarse en la Convención Europea (CEDH) son:

- a) La excepcionalidad de restricción del derecho, sometido a un régimen de autorización previa para la transmisión de información dependiendo de los intereses que se puedan afectar de acuerdo con el numeral 2 de la CEDH.
- b) El reconocimiento de la obligación de protección a la imparcialidad judicial por parte del Estado mediante medidas legales.
- c) Pese a que el derecho se constituye como de doble vía, al igual que en la CADH, aquí se desarrolla bajo un marco de protección, que reconoce que el derecho está sometido a un control de responsabilidad, restricción o sanción en caso de vulnerar valores democráticos u otros intereses de especial protección para la sociedad.

En contraposición con los elementos que identificamos en el interior de la CADH, encontramos en la Convención Europea una disposición más limitativa del derecho a la libertad de expresión. En este caso es posible restringir la función periodística en temas específicos excepcionalmente, con la finalidad de velar por la protección de otros derechos y fines del Estado. Vale la pena expresar que, para los fines del presente estudio, uno de estos temas que se pueden limitar es el que pueda llegar a afectar la autoridad e imparcialidad del poder judicial, asunto que es reconocido de manera explícita en la CEDH, mas no en la CADH.

Ahora bien, con relación a los argumentos expresados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus decisiones con respecto al derecho de libertad de expresión se ha reafirmado el significado que posee este dentro de la democracia. En igual sentido, la Corte Constitucional ha resaltado recíprocamente como rasgos particulares de la libertad de prensa:

- (1) su importancia medular para la democracia;
- (2) su trascendencia para el desarrollo de la personalidad individual;
- (3) el poder social de los medios de comunicación, con los riesgos implícitos y conflictos potenciales que conlleva;
- (4) el hecho de que el funcionamiento de los medios de comunicación involucra el ejercicio de derechos

fundamentales por distintos sujetos, y tiene el potencial de lesionar derechos fundamentales ajenos; (5) la responsabilidad social adscrita, por lo mismo, al ejercicio de la libertad de prensa; (6) la previsión expresa de un margen para la regulación estatal de esta libertad en la Carta Política, y la posibilidad de establecer limitaciones puntuales con cumplimiento estricto de las condiciones constitucionales, y sujetas a un control estricto de constitucionalidad; (7) su potencial para entrar en conflicto con otros derechos fundamentales, los cuales estarán sujetos a ponderación y armonización concreta sobre la base inicial de la primacía de la libertad de prensa; y (8) el carácter de servicio público que tiene el funcionamiento de algunos medios de comunicación, con sus efectos constitucionales (Sentencia T 218 de 2009).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido al artículo décimo tercero (13°) de la CADH, en la Opinión Consultiva No. 5 de 1985 (Huertas Díaz, 2009; Navarrete Monasteres, 2005), instrumento internacional que aclara y delimita el concepto de libertad de expresión, sus componentes, restricciones, valor y trascendencia dentro de la democracia. En este se puede colegir que la libertad de expresión se establece como un derecho humano que, al ser vulnerado, no afecta únicamente a quien no se le permite expresarse, sino que se extiende a todos aquellos que puedan recibir esta información. Por ello la libertad de expresión, al igual que el derecho a informar, es un derecho propio de cada individuo, aunque también es de carácter colectivo puesto que es posible para todos recibir cualquier información o expresión de pensamiento ajeno. De este modo el derecho adquiere una dimensión social, pues es un medio de conocer e interactuar de manera abierta con nuestros congéneres. Por esta razón, no puede suponerse la creación de sistemas que limiten esta manifestación, como lo sería la censura previa.

Ahora, para expandir el concepto es relevante hacer uso de las decisiones de la CIDH y así observar el avance que ha tenido desde la Opinión Consultiva No. 5 de 1985 (Gonzalo Volio, 2005) hasta el día de hoy.

La CIDH, en el caso *Kimel vs. Argentina*, promueve la prohibición de restricciones y la pluralidad de fuentes de información para un sano ejercicio del derecho a la libertad de expresión. En palabras de la corte:

Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no solo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el

•Elementos que conforman la libertad de expresión: el derecho a informar y a opinar.

pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo (Corte IDH, Caso “Kimel vs. Argentina”. Sentencia del 2 de mayo de 2008).

A pesar de encontrarse prohibida la censura previa de forma general, presenta excepciones que se pueden observar en la CADH. No obstante, se debe insistir en que bajo cualquier otro término se encuentra terminantemente prohibida, tal como lo podemos ver en decisiones de la corte como en el caso de La última tentación de Cristo, en el que se manifiesta:

Es importante mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y expresión (Corte IDH, Caso “La última tentación de Cristo”. Sentencia de 5 de febrero de 2001).

En otros casos, como el de Herrera Ulloa vs. Costa Rica, podemos encontrar que la posición de la corte es abierta en cuanto a los funcionarios públicos, quienes pese a tener derechos legalmente protegidos están sujetos por su condición a hacer parte del debate propio de la democracia, lo cual genera cierta amplitud en los aspectos de su función. En este sentido expresa:

Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático (Corte IDH, Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Sentencia de 2 de julio de 2004).

De lo anterior se deriva la necesidad de aumentar el margen de tolerancia por parte de funcionarios públicos y políticos con respecto a las críticas. Esto se encuentra expresado en el caso de Ricardo Canese vs. Paraguay (2004), donde se afirmó:

Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y consecuentemente, en ese ámbito se ven sometidos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. En este sentido, en el marco del debate público, el margen de aceptación y tolerancia a las críticas por parte del propio Estado, de los funcionarios públicos, de los políticos e inclusive de los particulares que desarrollan actividades sometidas al escrutinio público debe ser mucho mayor que el de los particulares (Corte IDH, Caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”. Sentencia de 31 de agosto de 2004).

Es por ello que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos establecen que para los funcionarios públicos el umbral por aplicar es diferente al de los particulares. El grado de tolerancia de estos frente a las críticas y opiniones debe ser mayor, pues ellos desarrollan actividades que le interesan a la colectividad.

Pero aunque el margen de tolerancia se amplíe, siempre van a existir medios de restricción, aunque estos no son recibidos por cuanto se consideran demasiado severos. Al respecto se considera que: “El Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita” (Corte IDH, Caso “Canese vs. Paraguay”. Sentencia del 31 de agosto de 2004).

Pues bien, de lo anterior podremos encontrar los siguientes elementos dentro de la CIDH:

Se establece que existe una responsabilidad clara de los medios de comunicación para lo que se crean criterios de identificación de responsabilidad

El derecho se encuentra directamente vinculado con la función pública, pues bajo este se logra comunicar a la sociedad de la situación estatal. Por tanto, quienes se desempeñan en funciones públicas deben tolerar aún más, pues su función es esencial.

La información es parte esencial del debate democrático; por tanto, la garantía de poder informar es indispensable para hablar de democracia (Melkevik, 2006). En tal sentido, recogiendo el pensamiento del profesor Habermas con relación al derecho de opinión y su influencia en la democracia, se puede expresar que ella “pretende ampliar y dar autonomía a la formación de la opinión y de la voluntad”, todo ello bajo el entendido de lograr una construcción en la que todos los ciudadanos quepan, es decir, se encuentren involucrados en la toma de decisiones, compartiendo el derecho con libertad y autonomía. En tal sentido se afirma: “La democracia presupone, en suma, la producción de saberes individuales sociales y políticos, susceptibles de ilustrar a los ciudadanos en cuanto a los derechos propuestos de cara a su validación y en cuanto a las cuestiones prácticas que ellos se derivan”.

Aparte de ello, la democracia determina en el foro público la forma como los derechos subjetivos de los ciudadanos pueden desarrollarse, habilitando espacios de opinión y toma de decisión, con la finalidad de establecer parámetros que sirvan como instrumentos normativos con trascendencia jurídica y que posibiliten la vida en sociedad. En este sentido el espacio público hace posible

•Elementos que conforman la libertad de expresión: el derecho a informar y a opinar.

que la información que posea el ciudadano le permita tomar decisiones que lo autodeterminen jurídicamente.

Trayendo nuevamente a colación la Declaración de Chapultepec, se puede manifestar que ella obedece al proyecto Chapultepec, que tuvo sus inicios en 1994 con el objetivo de promover la libertad de prensa en cuanto a su importancia para la democracia y el bienestar de la sociedad. En el marco de este proyecto se desarrollaron diez principios que se han convertido en un estándar para la libertad de expresión y prensa, pues están fundamentados en el argumento de que ninguna ley o gobierno puede limitar la libertad de expresión y de prensa. Se puede afirmar, a propósito de dicha libertad, que es de especial significación en lo correspondiente al derecho a la información.

De dicho instrumento normativo se desprende la posibilidad de afirmar que los ámbitos sobre los cuales se manifiesta la libertad de expresión se concretan en la posibilidad de buscar, difundir, coincidir, discrepar y confrontar la información tal como se ha venido reafirmando en lo demás instrumentos internacionales y en la Opinión Consultiva que en extenso hemos tratado. Estos elementos tienen que satisfacer adecuadamente en la práctica del derecho a la información. En tal sentido la Declaración manifiesta: “Solo mediante la práctica de estos principios será posible garantizar a los ciudadanos y grupos sociales su derecho a recibir información imparcial y oportuna” (Declaración Chapultepec, 1994).

Así las cosas, los principios establecidos dentro de la Declaración de Chapultepec proporcionan un medio idóneo o legítimo sobre el cual se desarrolla el derecho a informar. Este a su vez, al ser entendido en una doble vía como se ha explicado, genera una profunda responsabilidad que recae en el compromiso de dar a conocer informaciones que sean veraces e imparciales, con la finalidad de que el receptor de estas pueda formarse una opinión, no desde el ámbito de la subjetividad del emisor, sino desde su compromiso de difusor de aquello que es importante a los intereses de la sociedad.

Ahora bien, siguiendo con él análisis de la Declaración y limitándolo únicamente a los puntos que sean pertinentes con el lugar de estudio, en el principio segundo de tal texto normativo se expresa: “Toda persona tiene el derecho a buscar y recibir información, expresar opiniones y divulgarlas libremente. Nadie puede restringir o negar estos derechos” (Declaración Chapultepec, 1994).

De acuerdo con ello, se hace fácil establecer que este derecho se puede ejercer de forma individual y al mismo tiempo de forma colectiva, en la medida en que las informaciones son dadas a la sociedad. El ámbito de la democracia debe erigirse como un escenario preciso para el ejercicio del derecho, que debe ser concretado de manera responsable, de tal forma que no vulnere otros derechos fundamentales que pueden verse inmersos en este. El compromiso de la información, por tanto, requiere de bases informativas sobre las cuales los sujetos se encuentren obligados a respetar la actividad de quien informa y a no restringir por regla general su investigación, con la finalidad de hacer transparente su actividad.

Precisamente, en el tercer principio se expresa:

Aquí es evidente el compromiso que adquiere el Estado de poner a disposición de quien necesite la información que genere el sector público, a quien la necesite sin hacer referencia a límite alguno con respecto a la información pública.

Así las cosas, resulta fundamental tener presente que la censura previa dentro de las sociedades democráticas menoscaba la libertad de expresión y manifiesta el autoritarismo de un Estado. En este orden de ideas se puede afirmar que la libertad de expresión es el vehículo del cual se sirve la democracia para realizar los valores que se desprenden de su denominación, que nacen con el respeto a la diferencia, el buen trato, el pluralismo y el derecho a la no discriminación entre otros. Por ello, admitir la censura es posibilitar el cercenamiento de estos valores democráticos. Esta es la razón de que en el artículo 5 de la Declaración se exprese:

La censura previa, las restricciones a la circulación de los medios o a la divulgación de sus mensajes, la imposición arbitraria de información, la creación de obstáculos al libre flujo informativo y las limitaciones al libre ejercicio y movilización de los periodistas, se oponen directamente a la libertad de prensa (Declaración Chapultepec, 1994).

Por último, en el noveno principio se establece:

La credibilidad de la prensa está ligada al compromiso con la verdad, a la búsqueda de precisión, imparcialidad y equidad, y a la clara diferenciación entre los mensajes periodísticos y los comerciales. El logro de estos fines y la observancia de los valores éticos y profesionales no deben ser impuestos. Son responsabilidad exclusiva de periodistas y medios. En una sociedad libre la opinión pública premia o castiga (Declaración Chapultepec, 1994).

•Elementos que conforman la libertad de expresión: el derecho a informar y a opinar.

En este punto se hace referencia a los elementos que componen la libertad de información: la verdad y la búsqueda de precisión, imparcialidad y equidad. Ellos serán el centro que determine de manera oportuna la forma en que se desenvolverá este derecho humano.

La libertad de información en la jurisprudencia nacional

Ahora bien, con relación al estudio de la jurisprudencia emanada por la Corte Constitucional, fijaremos nuestro esfuerzo en el análisis de los elementos de la libertad de información y en la libertad de opinar, pues si bien es cierto que existe una relación directa entre estos derechos con el de la libertad de expresión, es innegable que la Corte Constitucional ha entrado a concretar su ámbito de ejercicio y de limitación.

En tal sentido, la Corte ha sido protectora de la libertad de información, otorgando un cierto grado de prevalencia a este derecho sobre los demás derechos que puedan estar en un momento dado en pugna (buen nombre, honor, intimidad, presunción de inocencia). Tal situación se presenta frente al derecho de rectificación, que se convierte en un mecanismo expedito frente a la inexactitud en la información que ha suministrado un medio de comunicación. Tampoco se debe olvidar que la Corporación Judicial parte de entender el derecho a la información, como un derecho que genera un grado de responsabilidad social, por el cual se debe responder ante los daños que genere a la sociedad. En definitiva, el de la información no es un derecho omnímodo; debe estar sometido a obligaciones que deben surtir para evitar daños que son de difícil reparación (Sentencia T 512 de 1992).

Al mismo tiempo, en diferentes pronunciamientos la Corte Constitucional ha expresado que no es cualquier tipo de información la que le interesa a la sociedad. Así, distingue aquellas que forman parte de la órbita pública de otras que están en el ámbito de privacidad de una persona o de un grupo familiar. En este último caso, al no ser esta una información que origine un interés significativo para la sociedad, ella no debe ser publicada, pues solamente alimentaría la curiosidad social sin aportar ningún beneficio al sistema democrático. De manera que, así la información sea verdadera, prevalecen los derechos fundamentales que se encuentran en confrontación (Sentencia T 611 de 1992).

Como otro punto significativo en el estudio jurisprudencial al derecho a la información, la Corte ha expresado que la rectificación de la información emitida debe guardar la misma proporción, dándosele el mismo despliegue que se le diera a la noticia que originó la vulneración del derecho fundamental. Esto le dará al perjudicado con dicha información la posibilidad de rehabilitar su buen nombre frente a la sociedad receptora de la información. Aunque no se le impone el deber al medio de comunicación de revelar su fuente, sí tiene la obligación de garantizar la veracidad de la información para poderla comunicar, teniendo elementos suficientes que prueben las afirmaciones contenidas dentro de la noticia (Sentencia T 332 de 1993).

Por otra parte, el derecho a la información no prevalece sobre la presunción de inocencia cuando el medio de comunicación da por sentado que una persona es responsable penalmente por haber cometido conductas punibles. Cuando no se ha proferido fallo judicial en firme, en estos eventos la Corte ha determinado que el anticiparse al fallo judicial genera un menoscabo a la garantía penal, que se resarce con la rectificación de la noticia. Dicha rectificación debe realizarse en condiciones de equidad, brindando el espacio oportuno que pueda resarcir el daño causado; en otras palabras, la equivalencia de la rectificación no se refiere a la extensión de la noticia, sino a la posición y al realce que se le asignó en la publicación (Sentencia T 074 de 1995 y Sentencia T 066 de 1998).

En consecuencia, son responsabilidades del medio de comunicación frente al derecho a informar y con relación a la veracidad e imparcialidad de la noticia:

- La aplicación del principio de veracidad varía según la situación a tratar. En muchos casos no se puede determinar a ciencia cierta la exactitud de una noticia; en esos eventos, la condición de veracidad se cumple si el medio demuestra que obró diligentemente en la búsqueda de la verdad y que fue imparcial en el momento de producir la noticia. Una noticia es veraz si cumple el proceso de verificación razonable que sirva para comprobar lo sostenido en ella.
- Dentro de los deberes profesionales de los periodistas se encuentra el de ser crítico con sus fuentes e intentar corroborar y contrastar las informaciones que les suministran.
- Cuando una fuente suministre informaciones que incriminen a personas, sin que se aporte ninguna prueba sobre las acusaciones, constituye una grave imprudencia del medio proceder a publicar las afirmaciones obtenidas sin

•Elementos que conforman la libertad de expresión: el derecho a informar y a opinar.

intentar, de manera profesional, corroborarlas o contrastarlas. Igualmente, lo anterior constituye una violación de la obligación de los medios de suministrar información veraz e imparcial.

- La obligación de los medios para con la verdad y la imparcialidad no se reduce al contenido de las noticias, sino que abarca también la selección del título y del sumario del artículo (sentencias T322 de 1996, T 066 de 1998, T 605 de 1998, T1225 de 2003 y T 218 de 2009).
- La imparcialidad versa en el sentido de emitir la noticia, sin influir negativa o positivamente en la opinión del público que la recibe. Lo que se pretende radica en hacer que la sociedad forme su propia opinión sobre lo que se informa, y ello se logra cuando se toman las diferentes fuentes que abordan la información, omitiendo juicios de valor que distorsionen el sentido de la información (sentencias SU 1723 de 2000, T 1225 de 2003).

Ahora bien, cuando el derecho a la libertad de expresión no tenga como finalidad informar, sino que tenga como interés la creación de una obra literaria o artística, el autor, escritor o artista, se encuentra protegido en un ámbito de protección mayor con el ejercicio de su derecho a expresar su pensamiento, toda vez que la posibilidad que tiene de difundirlo le permite dirigir sus opiniones sobre lo que observa. Es así como en una democracia el derecho a opinar también se convierte en el derecho a discrepar, sin llegar a realizar afirmaciones que desconozcan la verdad. Esto significa que no se puede distorsionar el contenido de la información para desarrollar el derecho (en este sentido se puede leer la Sentencia SU 056 de 1995. También es pertinente aclarar que si bien el hilo lógico del presente escrito venía dirigido hacia el concepto de informar como noticia, en este punto se examina el derecho a informar desde la consecución de otros objetivos).

Es importante observar, frente al ejercicio de la libertad de información, que ella no solo requiere de los elementos de la veracidad, objetividad e imparcialidad, sino que, fuera de esto, la información debe tener un contenido de interés general del asunto a tratar; en otras palabras, debe tener connotación de notoriedad pública, la cual se puede determinar por la calidad del personaje público o por la calidad de la información. Con relación al primero, no basta con que este sea público sino que el contenido de la información tenga una trascendencia tal para la sociedad que inevitablemente se tenga que dar; de lo contrario se tornaría insignificante y serviría para alimentar la curiosidad del público. Por el contrario,

frente al segundo elemento, su calidad debe estar revestida de trascendencia y significación social (sentencias SU 1723 de 2000 y T 218 de 2009].

Así mismo, cuando se trata de ejercitar este derecho en el cubrimiento de noticias judiciales, el límite al derecho a la información es la veracidad y la imparcialidad de la noticia, condición que debe cumplir todo el material informativo. Esta situación adquiere mayor relevancia cuando se trata de información judicial, pues esta es de gran trascendencia para la sociedad y, así mismo, tiene un gran potencial dañino o perjudicial para las personas que se encuentran involucradas. La Corte Constitucional ha expresado que a este tipo de información se le debe dar un tratamiento cuidadoso y delicado. Sin embargo, ello no implica un límite al derecho a informar, pues las noticias no pueden estar basadas en especulaciones sobre hechos, ni en conclusiones apresuradas que constituyan informaciones erradas o mentirosas y desinformen, violando la garantía del público de recibir una información de calidad.

Por otra parte, y concatenado lo anteriormente expresado, al medio de comunicación no se le puede exigir la utilización de un lenguaje técnico o especializado. Este puede emplear un lenguaje que evite crear confusión o una comprensión errada sobre lo que se informa, para que no se distorsione la realidad ni falsee lo que realmente ocurrió. Por tanto, no se le puede exigir a un medio de comunicación la utilización de vocablos especializados porque esto sí vulneraría la libertad de expresión (sentencias T 1225 de 2003 y 259 de 2004).

Como se puede ver, la libertad de expresión no es un derecho fundamental ilimitado; requiere estar armonizado con los demás principios y derechos constitucionales. Los medios de comunicación tienen una responsabilidad social trascendente pues no solo brindan información, sino que de ellos también dependen en oportunidades la vida, la integridad física y moral y la paz social con el ejercicio responsable de la palabra.

La Corte es clara al indicar que bajo el pretexto de la libertad de información los medios de comunicación no pueden indicar quiénes son culpables o inocentes, sacrificando la honra de las personas y sustituyendo la función de los jueces. Es claro que existen conflictos entre varios derechos como el de la libertad de expresión e información con la honra y el buen nombre, situación que la misma corporación ha tratado de resolver con la ponderación de estos derechos y estudiando cada caso en particular. En el tema de la libertad de expresión e información

•Elementos que conforman la libertad de expresión: el derecho a informar y a opinar.

de temas de carácter judicial, se indica que la libertad de prensa debe ejercerse dentro de la órbita o parámetros constitucionales del derecho a la honra y al buen nombre. La vulneración al derecho de información no se manifiesta en la falta de lenguaje especializado, sino en dar una información sin tener prueba que sustente lo dicho (sentencias T 1225 de 2003 y 259 de 2004).

A propósito del debido proceso y su relación con el derecho a la información, es necesario señalar que los medios de comunicación pueden causar un gran perjuicio a una persona por la publicación de información que la involucre en un proceso penal. Por eso se han establecido unos límites a la libertad de prensa con relación a los derechos de defensa, debido proceso y a un juicio justo e imparcial. Los medios de comunicación pueden generar una opinión pública favorable o desfavorable a los intereses del investigado, y además la transmisión de información y el enjuiciamiento de quienes informan pueden causar prejuicios en los jueces, que son los encargados de decidir sobre la ocurrencia y responsabilidad de los hechos. La presión de la opinión pública tiene un potencial tan alto que puede incidir en las decisiones de los jueces o jurados, situación que impide garantizar el derecho a un juicio justo e imparcial.

En consecuencia, se considera que la garantía a un juicio justo e imparcial tiene su límite en la libertad de información, siempre que ella respete los derechos del procesado o condenado.

La Corte concluye la importancia de la libertad de prensa en una democracia y en la libertad que tienen los medios de comunicación en el sentido de que tienen la facultad informar sobre todas las materias, incluso las relativas a los temas judiciales. En este caso la libertad de prensa debe respetar los derechos al buen nombre, a la honra y al debido proceso, teniendo que rectificarse frente a las informaciones que comprobadamente se hayan dado erróneamente o sesgadamente.

Si bien, como se dijo, los periodistas no pueden ser obligados a utilizar un lenguaje técnico especializado perfecto, sí se debe advertir que el lenguaje que utilicen en materia judicial y penal, cuando se refieran a una conducta penalmente reprochable, no debe caer en graves imputaciones o juicios gratuitos que afecten la honra o el buen nombre de una persona. Un periodista no puede determinar la responsabilidad de una persona hasta que no se le compruebe por medio de una sentencia condenatoria, pues de lo contrario se estaría vulnerando la presunción de inocencia (sentencias T 1225 de 2003 y 259 de 2004).

El derecho a opinar

El derecho a opinar también se entiende como una especie de la libertad de expresión. Sin embargo, tiene unas connotaciones que lo distinguen de la libertad de información. La libertad de opinión es menos rígida frente a la obligación de imparcialidad y veracidad, sin querer decir con ello que carezca de límites y se convierta en una libertad absoluta. Con todo, siempre existe la posibilidad de solicitar rectificación y de interponer el mecanismo de la acción de tutela cuando las columnas de opinión se basan en informaciones que no corresponden a la realidad o tiendan a confundir a la sociedad (Sentencia T 213 de 2004). Es por esto que se torna tan trascendental diferenciar una opinión de una información como tal, pues esta se sustenta en hechos, mientras que la primera se basa en apreciaciones subjetivas, las cuales hacen parte de una sociedad pluralista y democrática. Así se abren espacios en los que hay que aceptar tanto las opiniones favorables como las desagradables. No obstante, esto no se puede tomar como el derecho a transgredir o a desconocer los derechos de las personas: el comunicador tiene una responsabilidad social y, aunque se trate de una opinión, no tiene la potestad o libertad de causar perjuicios y daños en la honra, buen nombre y demás derechos que puedan verse involucrados con una opinión. Al respecto, la sentencia de la Corte Constitucional T- 602 de 1995 indica:

La opinión debe expresarse de manera responsable y profesional, sin dar lugar a interpretaciones equívocas, pues están de por medio la honra y buen nombre de las personas respecto de quienes se opina, así como el derecho del público a recibir información veraz e imparcial. En la práctica, el periodista tiene el derecho de opinar sobre cualquier cosa y es deseable que ejercite ese derecho, aun cuando su opinión no se base en hechos sino en meras especulaciones, pero no le es dado hacer aparecer dichas especulaciones como si fueran hechos ciertos. Ello se deduce del deber de responsabilidad social que el Estatuto Superior les impone (art. 20, inc.2), y del derecho a la información que allí se proclama. [...] las opiniones que en ejercicio de su libertad de expresión emita el periodista, deben manifestarse en forma clara, precisa y no dar lugar a interpretaciones equívocas por el contexto en que se presenten o por la forma en que se expresen. Debe distinguirse claramente entre los hechos que se informan y la opinión que ellos le merecen al periodista que los evalúa. Una conducta distinta es contraria al profesionalismo con que el periodista debe, según dispone la Constitución, ejercer su libertad de expresión.

•Elementos que conforman la libertad de expresión: el derecho a informar y a opinar.

Por lo tanto, el periodista o el comunicador social, si bien tiene derecho a opinar, el cual implica la libertad de manifestarse de acuerdo a su concepción personal, moral o religiosa frente a determinado tema o asunto, también debe tener presente que, cuando sus afirmaciones se sustentan en hechos o aspectos de carácter fáctico, su libertad también se encuentra limitada frente a los conceptos de la imparcialidad y veracidad. Por lo tanto, la Corte ha considerado en sus pronunciamientos que:

Quando una columna de opinión exprese hechos concretos es pertinente que tales expresiones sean verdaderas, por lo que una columna de esa naturaleza, frente a los hechos que exponga, deberá cumplir sobre ellos con el requisito de veracidad. De este modo, aunque se garantiza constitucionalmente que la opinión siempre será libre y que no podrá ser alterada por terceros por ser fundada en los valores y expresiones personales de quien opina, cuando se incluyan hechos, éstos deben ser ciertos y si no lo son, la rectificación debe recaer sobre las afirmaciones relativas a tales hechos que adolecieron de certeza y no sobre las opiniones correspondientes (sentencias T 218 de 2009 y SU 1721 de 2000).

Ahora bien, frente al contexto en el cual se vierten opiniones por parte de los medios de comunicación, estas se concretan en afirmaciones que en cierto sentido pueden llegar a ser positivas o negativas respecto a una persona, actividad o situación. De esta forma inevitablemente proponen un sentimiento de coincidencia, aceptación o repudio de quien escucha, tanto de los ciudadanos receptores de la información como de las personas afectadas. La primera limitación que se puede destacar frente al derecho de opinión consiste en que esta no puede sobrepasar los derechos fundamentales de los ciudadanos que son afectados con tales afirmaciones; por ello, aunque se reconoce que este derecho es eminentemente subjetivo, no se puede concretar de cualquier manera. Cabe resaltar que toda opinión genera consecuencias que, como lo ha afirmado la Corte Constitucional en sentencias de tutela que hasta ahora se han mencionado, pueden afectar el buen nombre, la intimidad, la honra y el debido proceso en algunos casos (T 1083 de 2002).

Así las cosas, el derecho a discrepar es inevitablemente un derecho de libertad democrática. La discrepancia ayuda a la toma de decisiones en una democracia al proponer un ejercicio discursivo en donde la controversia genera resultados positivos con relación a los problemas trascendentales que agobian a la humanidad. Al mismo tiempo, sin embargo, ella debe realizarse según parámetros de respeto y veracidad, teniendo como fuente la información con la finalidad de no deformar

la esencia constitutiva de la persona o su dignidad. Así los ciudadanos y quienes participan del debate pueden generar espacio de reflexión y no de animadversión que decantaría en una situación de violencia.

Resulta obvia la importancia que reviste el derecho a opinar, pues posee un elemento subjetivo proveniente del sujeto que la brindó, pero este debe estar delimitado claramente frente a la información. En este escenario se desarrolla un segundo límite, que consiste en separar el contenido de la información del contenido de la opinión que se está vertiendo. Ello garantiza la imparcialidad del medio de comunicación, en el sentido de darle a la opinión pública una información genuina que le permita ser autónoma frente a su punto de vista. Por otra parte, la opinión del periodista genera elementos de juicio sobre su información, que servirán al receptor como un instrumento de análisis que le permita llegar a sus propias conclusiones. De este modo la opinión pública se forma libremente, la información no se descontextualiza y existe verdadera pluralidad de opiniones alrededor de ella.

Al margen de lo anterior, se debe tener en cuenta que la opinión posee características disímiles con relación al derecho a informar. Aunque una opinión puede contener información de interés para el sujeto, esta no se puede definir bajo los mismos lineamientos que concretan el derecho a la información. Ya que la opinión se esgrime como una manifestación del ser humano, no será lógico solicitar veracidad e imparcialidad sobre ella, pues representa una apreciación de un hecho que lleva dentro de sí un elemento de carácter subjetivo por parte de quien opina (sentencias T 213 de 2004 y 1198 de 2004).

A pesar de que la opinión en su interior posea un carácter subjetivo, no es de olvidar que ella recae en última instancia en el receptor. Por ello debe realizarse bajo un carácter racional y responsable, para que se produzcan juicios razonables y plausibles en el entorno. Opinar exige ser coherente con relación al contexto sobre el que se afirma (Sentencia T 1083 de 2002).

Es así como podemos observar que, pese a que la libertad de opinión se constituye como un derecho esencial para el ser humano, debe poseer límites fundamentados en el reconocimiento de la actividad social sobre la cual se concreta, donde todas las opiniones fluyen generando cambios de manera constante y procurando un adecuado ejercicio de derechos (T 1083 de 2002).

•Elementos que conforman la libertad de expresión: el derecho a informar y a opinar.

Partiendo de la base de que el derecho a la libertad de opinión presenta límites en su ejercicio, resulta pertinente pasar a observar cuándo se estiman vulnerados los derechos frente a la manifestación de una opinión. En consecuencia, cuando se presente una colisión entre el derecho a opinar con el derecho a la honra y al buen nombre, siendo estos últimos los que de manera genérica resultan ser los derechos más lesionados por la extralimitación en el ejercicio del derecho a opinar, debe tenerse en cuenta para tutelar que la información sea errónea y que la opinión sea tendenciosa respecto a la conducta privada de la persona y de la persona en sí misma, que las opiniones sean insultantes o absolutamente irrazonables y que resulten exageradas con respecto a los hechos sobre los que se basan (Sentencia T 213 de 2004).

Por tal razón, resulta importante tener en cuenta que, pese a ser la opinión un derecho fundamental, su protección no es absoluta en cuanto a lo que ya se ha aludido. Los límites existen por la necesidad de preservar otros derechos; así también, el cuidado de no violentarlos es una prioridad para un adecuado ejercicio de ellos. En tal sentido en la Sentencia T 1198 de 2004 se expresa: “La libertad para expresarse no solo comprende el contenido de aquello que se da a conocer, sino también la forma como ello se manifiesta”.

Es por ello que del mal manejo de la información y de la opinión se pueden derivar consecuencias negativas para la democracia. Si no se desarrollan adecuadamente estos derechos, pueden distorsionar el contenido del mensaje que reciben y comprenden los receptores del contenido comunicativo (Sentencia T 1198 de 2004).

Es necesario señalar en este punto la necesidad de crear mecanismos que promuevan un equilibrio a nivel informativo para que se evite una parcialización de la visión de la realidad. En el conglomerado social es indispensable referenciar la otra parte involucrada dentro de la información y opinión para confrontar su pensamiento frente a lo expresado en su contra. Es así como el medio de comunicación se convierte en un canal de transmisión de opinión en ambos sentidos y no en uno solo, estableciéndose de esta manera un equilibrio informativo con responsabilidad social (Sentencia T 213 de 2004).

Teniendo en cuenta las colisiones de derechos, la Corte ha establecido unos controles con el objetivo de concretar los fines propios del equilibrio informativo.

Dichos controles promueven la identificación de los casos en los cuales el ejercicio del derecho a informar y a opinar ha excedido los límites permitidos:

El **control débil** se activa cuando, existiendo un genuino interés en generar opinión, no se ofrece oportunidad alguna de contradicción, en cuyo caso es necesario garantizar un equilibrio entre las opiniones, necesario para el proceso deliberativo (equilibrio informativo/opinión).

El **control estricto**, por su parte, se aplicará en el evento en que el propósito de la opinión es la persecución individual y con fines personales del comunicador [...]

[...] finalmente, el **control extremo**, por conducto del aparato penal, cuando el comunicador únicamente busca el insulto (Sentencia T 1319 de 2001).

De acuerdo con lo anterior, el derecho a opinar posee características intrínsecas que deben ser objeto de control de tutela de orden constitucional. En ese entendido se plantea una nueva situación en la cual dichas opiniones interfieren en otro escenario: un proceso judicial donde existen reglas básicas como lo son los derechos fundamentales del sujeto y, más concretamente, el proceso penal, donde por su connotación se requiere de un proceso transparente, pues lo que se está valorando es de una importancia significativa para quien esté incurso.

Por tal razón, es obligación del Estado preservar y velar por los derechos de quien esté incurso en todas las partes de la causa. Sin embargo, con respecto a la libertad de expresión manifestada como opinión, se plantea la duda de si se cumple de manera efectiva dicho principio de protección. A propósito de esto, Cuerda (2006: 423) expresa que la libertad de expresión solo servirá al interés público si se ejerce bajo los lineamientos que rigen los procedimientos democráticos: en concreto, los derechos fundamentales, ya que, a pesar de ser un derecho subjetivo, posee una dimensión institucional pues su función es crear una opinión pública libre.

Opinión frente a los procesos judiciales

En lo que se refiere a los procesos judiciales con relación a la libertad de opinión, el operador judicial debe respetar el debido proceso y guardar silencio hasta tanto no emita su sentencia judicial, con el fin de no perjudicar los derechos de aquellos que se ven involucrados en los procesos judiciales y que, como tal, tienen derechos fundamentales que se encuentran íntimamente ligados

•Elementos que conforman la libertad de expresión: el derecho a informar y a opinar.

a la controversia judicial que se pretende resolver por parte del operador jurídico. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado una restricción al ejercicio del derecho a opinar cuando esta provenga de un operador judicial (Sentencia C 037 de 1996). Por ello Sansó (2003) estima que dentro de un proceso penal es pertinente que el juez no emita opinión alguna de la cual pueda aducirse una posición posterior, en tanto que debe mantener su imparcialidad mientras no haya emitido fallo alguno.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos determina diferencias entre los conceptos de autoridad e imparcialidad del poder judicial. Con relación al concepto de autoridad, expresa que “los tribunales son el foro correcto para la solución de controversias y para la determinación de las responsabilidades penales, fuera de ello se refiere al respeto y confianza del público en la capacidad de aquellos para cumplir su misión”. Ahora bien, sobre la imparcialidad afirma: “esta se refiere a que los jueces no deben tener prejuicios en desarrollo de sus funciones y deben estar libres de toda presión política también alude a la confianza que deben inspirar al acusado” (Jiménez Ulloa, 2010: 158, referida al caso Worm vs. Austria de 29 de agosto de 1997 y al caso Guja vs. Moldova del 12 de febrero de 2008).

Por lo tanto, siguiendo la línea de argumentación propuesta de Ulloa, es menester establecer que el derecho a opinar se opone a otro principio democrático que se especifica en el libre acceso a la administración de justicia. Frente a este derecho, la situación no consiste en prohibir la libertad de información, sino en imponerle límites en el ejercicio de su actividad para que ella no ponga en peligro los valores democráticos del afectado. Con este propósito se puede informar, pues ello les permite a los demás órganos del poder público controlar y verificar la manera en que la rama judicial actúa, pero sin poner en peligro la imparcialidad, el equilibrio y la transparencia del juicio.

Ahora bien, retornando al ámbito nacional, se puede colegir que el derecho al debido proceso se encuentra protegido sobre la injerencia efectuada por la libertad de información y opinión, en la medida en que estas respeten la presunción de inocencia. Ello no pondría en peligro el derecho al buen nombre y a la honra de aquel que está siendo juzgado, y al mismo tiempo no afectaría la imparcialidad del juzgador. El informador debe utilizar entonces un lenguaje que si bien no sea técnico, informe sin llegar a declarar juicios de valor que determinen la responsabilidad de un ciudadano. En otras palabras, el medio de comunicación no puede

suplantar al juzgador, constituyéndose en un juez sin competencia que terminaría causando un perjuicio para aquel que se encuentra sometido al poder punitivo del Estado (esto se puede colegir de las sentencias T 1225 de 2003, T 444 de 1992, T 525 de 1992 y T 066 de 1998).

Expuesto lo anterior, es claro que, en cuanto se refiere al periodismo de opinión, nos encontramos enfrentados a una situación totalmente diferente a cualquier otra, por cuanto el poder que tienen los medios de comunicación puede afectar gravemente al enjuiciado lesionando su dignidad, pero con mayor trascendencia poniendo en peligro el debido proceso y en especial la imparcialidad de aquel que se encargará de resolver su situación jurídica, de tal suerte que la presión social puede llegar a generar una carga adicional al operador jurídico que termine desbalanceando el equilibrio de la justicia y por lo tanto afectando el fallo judicial.

Es imposible no asumir una postura frente a una situación tan compleja. Esta lleva a pensar que frente a opiniones que intervienen en un proceso judicial no se configura un medio de doble vía, ya que estamos hablando de una desigualdad entre quien emite la opinión y quien soporta sus consecuencias. Es necesario recordar que debe haber un equilibrio informativo, dado que de ello depende, no solo la adecuada función periodística, sino los derechos de la sociedad y de la persona. Como se aclaró anteriormente, la necesidad de una opinión que forme criterios es necesaria, siempre que esta se oriente por un sistema de valores que, para el caso en concreto, es aquel que defiende la protección de derechos de un sujeto procesal que no ha sido condenado aún.

Conclusiones

- La libertad de expresión se encuentra conformada por el derecho a la información y a opinar. Como se manifiesta de diversas formas, puede entenderse como: libertad de expresar o difundir el pensamiento, libertad de buscar o investigar hechos u opiniones de toda índole, libertad de informar hechos, ideas u opiniones de toda índole, libertad y derecho de recibir información de toda índole, libertad de fundar medios masivos de comunicación, libertad de prensa, derecho a la rectificación en condiciones de equidad, prohibición de la censura, prohibición de la propaganda de la guerra y la apología del odio,

•Elementos que conforman la libertad de expresión: el derecho a informar y a opinar.

la violencia y el delito, prohibición de la pornografía infantil y prohibición de la instigación pública y directa al genocidio.

- La libertad de expresión se determina como la modalidad genérica de la comprensión del derecho fundamental, mientras que la libertad de información y opinión es especie de la primera. Constituye un derecho fundamental, que puede ser entendido como: principios, normas de textura abierta, mandatos de optimización o parámetros éticos dentro del sistema normativo. De estos derechos se deriva la obligación del Estado a una garantía efectiva.
- Frente al ámbito de materialización de la libertad de expresión, entendido este como libertad de información y libertad de opinión y demás derechos relacionados y otros con los que puede entrar en pugna (buen nombre, honor, debido proceso, presunción de inocencia, etc.), le corresponde al juez examinar los casos en concreto y determinar el campo de aplicación de derechos, atendiendo criterios de ponderación y tests de proporcionalidad, con la finalidad de limitarlos o validar su ejercicio, sin entrar en a desconocerlos, pues debe entenderse que en el contexto en el que se concretan estos prevalece el valor democrático que sustenta el ejercicio de las libertades ciudadanas.
- El ámbito de ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión se ha ampliado desde diversas perspectivas debido a los avances tecnológicos y científicos que se han presentado en el final del siglo XX y en el comienzo del siglo XXI. Existe la tendencia establecida por las sociedades globalizadas y postindustrializadas a concretar sus informaciones y opiniones en otros medios diferentes a los acostumbrados, (periódico, radio y televisión). Internet, Twitter o Facebook han efectuado el ejercicio de tal derecho de una forma más directa por parte de los ciudadanos. Ello ha originado un cambio las formas y maneras en que la sociedad asume su ejercicio y aplicación; por tanto, el conflicto de derechos y libertades tiene un margen más amplio para efectuarse, con relación a las formas de ejercicio de la comunicación. Así se hace necesario delimitar los ámbitos de aplicación de los derechos en estudio, sin que ello quiera decir el reconocimiento expreso de una prohibición o censura.
- La libertad de expresión constituye la pieza fundamental de la democracia, puesto que permite el ejercicio del pluralismo y el control del poder público y de las actividades que interesan a la colectividad. Cuando estas actividades son restringidas, se está sembrando la base para otro tipo de sistemas políticos y

gubernamentales que proponen un ejercicio más restringido de estos derechos. Esto puede conllevar el establecimiento de formas de poder autoritarias o totalitarias o de democracias más restringidas. Con relación a las democracias más restringidas, en ningún momento se puede caer en la censura, pues desdibujaría su determinación. Resulta necesario comprender que aunque la libertad de expresión, información y opinión es un derecho fundamental dentro de la estructura de las sociedades democráticas, este debe ejercerse con responsabilidad, lo que supone su restricción en eventos excepcionales y en el ámbito de responsabilidades ulteriores, en virtud de las cuales no pueden transgredirse otros valores fundamentales de tal modelo de Estado.

- El derecho a la libertad de expresión presenta restricciones en su ámbito de aplicación, y constituye responsabilidades ulteriores. Para eso se debe tener en cuenta que estas: “1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática” (Convención Americana de Derechos Humanos).
- La libertad de expresión es un derecho fundamental, mas no absoluto en el ámbito de su ejercicio. Se encuentra sometido a ámbitos de responsabilidad, a restricciones o limitaciones en situaciones específicas y en espacios de excepcionalidad.
- Debe comprenderse que ni la libertad de expresión ni las restricciones a esta pueden comportar situaciones absolutas e incondicionales. Sus restricciones, aunque estén basadas en criterios de excepcionalidad, deben tener como fundamento y justificación un interés general trascendente o necesidad social imperiosa que amerite en determinada circunstancia el reconocimiento de una medida, soportada en criterios de oportunidad, proporcionalidad, racionalidad y utilidad. Así, se debe verificar que las restricciones alcancen un objetivo propio de una sociedad democrática (Convención Americana de Derechos Humanos, Convención Europea de Derechos Humanos).
- Siendo la libertad de expresión trascendente dentro de los Estados democráticos, no puede desconocerse su permanente pugna con otros derechos como: el buen nombre, la honra, el debido proceso, la presunción de inocencia, la imparcialidad en materia procesal y, en particular, el derecho penal. Se debe

•Elementos que conforman la libertad de expresión: el derecho a informar y a opinar.

utilizar un ejercicio de ponderación que permita establecer cuál derecho prevalece sobre los otros y, por otra parte, un test de proporcionalidad en el entendido de determinar cuál debe ser ámbito de su limitación para no generar perjuicios exagerados en su intervención y establecer en cada caso en particular la manera correcta de solución.

- El derecho a la información debe comprenderse en una doble vía, tanto en quien transmite la información como en quien la recibe. Este derecho debe estar sometido a un control estricto por parte del medio de comunicación que va a dar conocer una información a la comunidad; por ello su ejercicio debe partir de condiciones adecuadas para su materialización. La información debe ser, por tanto, veraz, imparcial, y objetiva; no debe ser tergiversada o manipulada, transformada o errónea. Todo ello con la finalidad de no hacer incurrir en un error a aquel que la recibe.
- La información genera democracia, en la medida en que los ciudadanos reciben su contenido genuino y se forman una convicción sobre lo que se está poniendo en su conocimiento. De este modo disponen de su autonomía para expresar su opinión y generar democracia dentro de los espacios sociales propios para ejercitar su derecho.
- La información debe respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos y debe estar separada de la libertad de opinión. El receptor debe ser capaz de distinguir cuál es cada una de ellas para que no se distorsione su contenido y pueda libremente tomar su propia opinión sobre la noticia. Además de sus cualidades (veraz, imparcial, transparente y objetiva), la información debe poseer un valor social de gran significación; de lo contrario alimentaría el morbo o la curiosidad social.
- La libertad de información y opinión se concreta desde diversos ámbitos. En especial para este escrito, se puede evidenciar el tratamiento diferencial frente a personas públicas y personas privadas, que se determina en la relación establecida entre su comportamiento y el ejercicio social. Se debe delimitar el interés trascendente para la sociedad y al mismo tiempo la forma de ejercitar tales derechos frente a cada uno de los tipos de personas sobre las cuales se informa o se opina. Las primeras tienen un umbral diferente a las segundas: mientras las personas públicas soportan comentarios y aseveraciones fuertes por el interés colectivo que presentan y que es intrínseco al rol que asumen

dentro de la sociedad, las privadas tienen un ámbito de protección más amplio debido a que su margen de intimidad se convierte en un elemento que defiende su posición frente a la sociedad.

- Así pues, el anterior aspecto llama a la amplitud de ejercicio de la libertad de expresión por su proximidad a lo que desea la sociedad democrática frente al control y vigilancia a la gestión pública. En consecuencia, minimiza la garantía de otros derechos que pudieren estar en controversia, sin que ello quiera decir que en un momento dado los tengan y se los reconozcan.
- La libertad de opinión tiene un ámbito de protección más amplio en su ejercicio, pues proviene de una posición subjetiva de quien la emite. Coartarla significaría restringir el pensamiento. Sin embargo, esto no quiere decir que la opinión se pueda vertir de cualquier forma.
- Los límites a la libertad de opinión se concretan en el respeto a la dignidad de las personas sobre las que se habla. Tal derecho parte de expresar la opinión con relación a informaciones. En este sentido, el contenido de la información no debe ser descontextualizado o erróneo.
- De lo anterior podemos observar diferencias marcadas. Por un lado, el derecho a informar se fundamenta en la distribución de información, la cual debe ser veraz e imparcial de manera que no transgreda los derechos de quienes la reciben; el derecho a opinar, en cambio, se encuentra en una órbita totalmente distinta, pues constituye una expresión propia del ser humano, que utiliza generalmente quien recibe la información como un mecanismo orientador. La información como tal no es el único medio de adquisición; el periodismo de opinión es un medio propicio para adquirir información con contenido subjetivo (T 1198 de 04).
- La libertad de información se encuentra sometida a un test para evitar que vulnere otros derechos fundamentales.
- Frente a la información y opinión en asuntos judiciales, debe efectuarse y establecerse un trato especial. En este caso se están debatiendo otros valores fundamentales de las personas que están siendo investigadas y juzgadas por el poder punitivo del Estado como son: el debido proceso y la presunción de inocencia.
- A propósito del cubrimiento de noticias judiciales, el debido proceso debe ser respetado por el medio de comunicación que informa, tanto en lo relacionado a utilizar un lenguaje que proteja la presunción de inocencia como en la

•Elementos que conforman la libertad de expresión: el derecho a informar y a opinar•

utilización de un lenguaje que sin ser especializado no distorsione el contenido de la información. Por otra parte, el medio de comunicación no puede suplantar la labor del operador jurídico, haciendo juicios de valor sobre el caso que se está ventilando ante la sociedad. Tales juicios solo pueden ser emitidos por la autoridad judicial en el fallo que ponga fin al proceso; fuera de ello, las autoridades judiciales no pueden realizar opiniones de los procesos judiciales, toda vez que ponen en peligro los derechos fundamentales de los sujetos procesales, especialmente el debido proceso en lo que hace referencia a la imparcialidad y a la presunción de inocencia.

DEMOCRACIA Y DERECHO PROCESAL PENAL. DEBIDO PROCESO Y PUBLICIDAD

“Sean públicos los juicios y públicas las pruebas del delito. Para que la opinión, que acaso es solo el cimiento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y las pasiones, para que el pueblo diga nosotros no somos esclavos, sino defendidos” (Beccaria, De los delitos y las penas. Pág.14 a 50).

Democracia y debido proceso penal

Así como la libertad de expresión es el vehículo sobre el cual transita la democracia, esta también se concreta en otros espacios de la vida de los asociados. El derecho penal no es ajeno a ello y, por esto, en esta parte de nuestra disertación se pretenderá estudiar su relación, en su naturaleza sustancial y procesal, para desembocar en el estudio de la tensión existente entre el derecho a la libertad de expresión en el ámbito del ejercicio del derecho penal.

Pues bien, asociando las características del Estado social de derecho al derecho penal, se podría afirmar que tal modelo de Estado se encuentra íntimamente ligado al concepto de dignidad humana y, desde este punto de vista, a la protección de los intereses fundamentales de la sociedad (Roxin, 2007: 447-448). De tal manera, el Estado no solo protege al individuo o a la colectividad de los ataques injustos de sus congéneres, sino que también protege al individuo,

posible infractor de la norma penal, del ejercicio del *ius puniendi* o derecho penal subjetivo. La racionalidad del derecho penal se encuentra al evitar que este se sobrepase en su ejercicio de poder. Si bien el Estado tiene el poder y la fuerza para imponer una pena, esta debe surgir de un proceso que facilite la legitimidad de la sanción. Por ello el individuo sometido a un juicio de responsabilidad debe contar con todas las garantías posibles (sustanciales y procesales), que hagan factible el ejercicio de la imposición del castigo de manera justa y proporcional, en otras palabras, de forma racional y legítima.

Según Ferrajoli (2005: 91), solo se puede concretar la responsabilidad penal cuando se respeta el “conjunto de las condiciones exigidas normativamente” para la imposición de una pena. Es por esta razón que las constituciones de la modernidad (Rey Cantor, 2012) reconocen en los derechos individuales la función de garantía que podría oponer el ciudadano frente a la manifestación del poder estatal en el momento de ejercitar el procedimiento para imponer la pena. En tal sentido, los derechos de los ciudadanos se convierten en garantías sobre las que el Estado debe moverse para poder penalizar.

Un ejemplo que demuestra el poder del Estado dentro de la forma de ejercicio del escarmiento como signo de pena se puede encontrar en la obra de Foucault, con relación al castigo de Damiens, un hombre sometido a “pública retractación ante la puerta principal de la iglesia de París” en 1757 (Foucault, 2002: 11-15). La disertación del filósofo parte del procedimiento público en que se concretaba el castigo, expresado en el suplicio como base, para demostrar a la sociedad que esta forma de sanción también estaba dirigida a ella, pues era una forma pública de transmitir mensajes comunicativos a la sociedad por medio de su publicidad, para que observara que en algún momento este castigo podría llegar a imponérsele y ser igual para cualquier ciudadano. Este episodio trae consigo el reproche producido en la modernidad (Kant, Beccaria, Homme, citados por Roxin *et al.*, 1989: 20) sobre la instrumentalización del ser humano en el momento de ejecutar la pena y, fuera de ello, en asimilar el proceso penal a un escenario en donde el enjuiciado está sometido a un poder de significativa importancia. Según los autores, este debe contar con una carta de derechos que le permitan abocar su defensa frente a la acusación realizada por el Estado en igualdad de condiciones con las que cuenta su contradictor. A lo largo del tiempo esta garantía se denominará “igualdad de armas” (artículo 6º de la CEDH), y generará un grado de equilibrio procesal entre

los sujetos partícipes del juicio que se encuentran en contienda. De este modo se garantiza un grado de igualdad del infractor de la norma penal con relación al principio acusatorio, partiendo de la base de que nos encontremos frente a un proceso de naturaleza acusatoria o con tendencia acusatoria (Ambos, 2005).

Por tal razón, el punto de comprensión de este ejemplo radica en hacer notar que el derecho penal se convertía en un instrumento eficaz de control social, pero no en un instrumento legítimo de este, en la medida en que concitaba miedo pero no aceptación por parte de los asociados. Por ello, tal como lo reseña Roxin, la Ilustración determinó en el contrato social el medio idóneo para legitimar al derecho penal como instrumento eficaz y legítimo para la imposición del delito y de la pena. El daño esencial ocasionado por los integrantes del contrato ocasionaría tal quebrantamiento a los intereses sociales, que la misma pena se haría merecedora de un delito y de una sanción. Por lo tanto, solo mediante dicho contrato se podría expulsar del sistema jurídico todo acto que constituyese un delito que fuera expresión de una posición moral y no verdaderamente una lesión efectiva (Roxin, 1989: 50-51).

Por otra parte, el sistema de garantías procesales que fue concretándose en diferentes momentos de tiempo (Habeas Corpus 1215, Principio de legalidad de los delitos y las penas y debido proceso 1668 en la Carta de Derechos Británica, posteriormente determinada en la Constitución de Filadelfia 1776 y Carta de los Derechos del Hombre y el Ciudadano 1879), como parámetro de trato igual y limitado por parte del Estado, originó un marco normativo de defensa del procesado frente al poder subjetivo del Estado. Ello fue expresado y materializado tanto constitucional como legislativamente. Por esto, los derechos que históricamente se crearon como un reclamo por parte de los asociados al Estado, por medio de las revoluciones liberales, lentamente se convirtieron en el escenario perfecto frente al que el Estado no podría desarrollar su labor investigativa y judicial. En otras palabras, el derecho se convirtió en instrumento de juzgamiento y defensa de los ciudadanos.

Así las cosas, este derecho penal de corte liberal basa su estructura en el respeto a la normatividad y particularmente en el acatamiento de la salvaguarda de las finalidades establecidas dentro de las cartas constitucionales, las cuales dotan de sentido a la manifestación del derecho penal, entendido como la forma racional de imposición de las penas y las medidas de seguridad. Es así como este

recoge la esencia fundamental del Estado liberal en la garantía de los límites al *ius puniendi* y particularmente en el respeto por el principio de legalidad (Mir Puig, 2003; Rey Cantor, 2012; Fernández Carrasquilla, 2004: 82-137).

Tal principio llama a la intervención del Estado en los actos ilegítimos de los coasociados, estableciendo delitos y penas para cada uno de ellos, con relación a actos que vulneren o pongan en peligro los intereses esenciales de existencia de la sociedad. Estos son entendidos en su contexto individual, colectivo y democrático como bienes jurídicos (Bernal Castro, 2013: 95-161).

Fuera de ello, determina un modelo de interpretación sistemática de las normas que permiten descifrarlas correctamente, proponiendo soluciones justas y adecuadas frente a cada acto humano en particular, estableciendo el método dogmático que permita comprender el actuar del hombre dentro de un contexto normativo (Schünemann, 2012: 1-27; Sánchez Herrera, 2006: 21-25; Grosso, 2007: 93-135).

En tal sentido, el derecho penal ilustrado propone su materialización acudiendo a la fórmula del argumento racional como parámetro objetivo de la actividad de los operadores jurídicos (con relación a las características que rodean el concepto de modernidad y su influencia en el mundo se puede estudiar a Touraine, 1994). Así se hace posible que su aplicación obedezca a lineamientos que no provengan de la carga subjetiva de quien imparta justicia. De esta forma el derecho penal de la modernidad influye en generar un sistema de garantías sustanciales y procesales que hacen posible que el Estado pueda actuar sin afectar derechos fundamentales de manera ilegítima. Es por ello que las palabras: “pena, delito, ley, necesidad, ofensa, acción, culpabilidad, juicio, acusación, prueba y defensa” (Ferrajoli, 2005: 91) se tornan indispensables a la hora de efectuar el proceso penal.

Así las cosas, la dogmática penal en el contexto de un derecho penal democrático se convierte en el instrumento fundamental del cual se sirven los sujetos procesales para desarrollar un lenguaje específico que delimite la forma de juzgar el comportamiento humano, sin traspasar los derechos fundamentales del enjuiciado. El operador jurídico debe motivar sus decisiones tomando como referencia a la dogmática, pues esta le permite al derecho penal ser el parámetro objetivo sobre el cual se asienta el juicio de responsabilidad. Por otra parte, el proceso presenta, como presupuesto para su materialización, el reconocimiento y respeto de las garantías judiciales sobre las que el ciudadano puede estar en igualdad de

condiciones frente al poder del Estado y demostrar su inocencia. El debido proceso se convierte así en la garantía democrática sobre la cual transita el proceso penal (Bernal Pulido, 2005a: 331-337).

Democracia, teoría de la comunicación y proceso penal

Ahora bien, desde el punto de vista procedimental, el derecho penal dota a la persona y al Estado con espacios de participación democrática dentro del proceso penal, otorgándole a cada uno de los sujetos procesales ámbitos adecuados de derechos y de garantías para demostrar efectivamente el grado de responsabilidad que tiene el infractor de la norma frente a la sociedad. En este punto es importante acudir a Jürgen (2001: 147-199) y a García Amado (1998: 7-72) en relación al concepto de democracia como proceso. Si el derecho surge como un proceso democrático en el cual la sociedad es su actor fundamental, el proceso proviene de la sociedad, y por lo tanto ella debe respetarlo o de lo contrario deslegitimaría su propia creación (Melkevik, 2006: 118-119).

En este aspecto, resulta pertinente citar nuevamente a Habermas. Según este autor, el contexto democrático constituye el escenario perfecto para desarrollar el verdadero sentido de la comunicación, que solo puede existir cuando se respetan los derechos fundamentales de los asociados. Las garantías individuales son el punto de partida mínimo para determinar la igualdad de los hombres y para desarrollar el contrato social, como elemento fundamental que afirme la legitimidad de las normas. El respeto por los procedimientos determinados en las normas se manifiesta en un medio que facilita el discurso racional argumentativo, frente al cual se concreta la comunicación. Esta es el fruto de la misma igualdad de oportunidades de los sujetos de hacer valer sus derechos frente aquel que se encargue de solucionar el caso, algo que solo es posible si se reconoce en el debido proceso el derecho fundamental que facilita la comunicación plena de sentido.

Por ello, cuando Habermas habla del principio discursivo está haciendo alusión al elemento básico de la teoría de la comunicación. Si bien es cierto que este autor acoge los postulados racionales planteados en la modernidad, íntimamente está reconociendo una teoría contractualista o consensual de la sociedad, pues parte de la base de que las personas son iguales bajo el reconocimiento de los tres tipos de derechos (“1. Derechos fundamentales que resultan de la conformación, políticamente

autónoma, a la mayor medida posible de iguales libertades subjetivas de acción. 2. Derechos fundamentales que resultan de la conformación, políticamente autónomo, del status de miembro en una asociación voluntaria de sujetos jurídicos. 3. Derechos fundamentales que resultan de modo inmediato de la reclamabilidad de derechos y de la conformación, políticamente autónoma, de la protección jurídica individual”) (García Amado, 1998: 29-45), que se imponen como medidas legitimadoras de la actividad legislativa y que se concretan posteriormente dentro del procedimiento establecido en la ley. Todo esto funciona bajo el entendido de que esta última fija los parámetros correctos de los derechos de los sujetos procesales, y estos derechos nacen del reconocimiento del sujeto como actor de una sociedad, en la que esta registra los derechos de cada uno de los miembros determinados dentro de los sistemas jurídicos. Por ello, para Habermas la comunicación se encuentra fijada con anterioridad, o sea, el lenguaje ya se encuentra establecido; el problema de la comunicación radica en que el emisor y el receptor partícipes de la comunicación tengan el mismo conocimiento de las palabras utilizadas. Esto es lo que se denomina “sentido”: solo en la medida en que las partes que realizan el proceso de comunicación tengan un conocimiento igual sobre la estructura del lenguaje y de la carga de comprensión del acto que realizan serán capaces de crear argumentos. Por lo tanto, el principio discursivo supone la capacidad de instituir argumentos con sentido, expresados en una construcción de comprensión del lenguaje, pues para que exista comunicación es necesario que los dos participantes cuenten con el mismo grado de conocimiento del asunto por tratar; de lo contrario el diálogo carecería de sentido y perdería su sentido comunicativo (García Amado, 1998).

Si aplicamos al derecho procesal penal tal postura, se podría afirmar que las normas son instrumentos que permiten establecer procedimientos llenos de sentido, en los cuales los actos humanos están precedidos por presupuestos de reconocimiento (derechos fundamentales y derechos de reconocimiento como sujetos jurídicos y derechos al libre acceso a la administración de justicia). De esta forma el ser humano es capaz de proyectar libremente su pensamiento, pues parte de la base de que todo lo que exprese argumentativamente será escuchado por su interlocutor, quien respetará su persona y creará sentido comunicativo con los argumentos expresados dentro de su acción, teniendo como presupuesto el sistema jurídico que le proporciona los criterios, objetivos y mecanismos para hacer valer sus derechos (Marrero, 2007: 121-158).

Por ello, el proceso penal se convierte en un escenario democrático de espacios, tiempos, argumentos y pretensiones, que se cristalizan en la comunicación. Esta se llena de sentido debido a que los sujetos procesales participan dentro de cada audiencia procesal en búsqueda de un objetivo particular, el cual tiene como punto de partida la norma legal como instrumento idóneo que genera la comunicación adecuada frente a los derechos y garantías de los sujetos procesales. La toma de argumentos por cada uno de ellos implica un lenguaje normativo que elimina todo tipo de subjetividad, y la decisión motivada por el órgano jurisdiccional propone una disertación jurídica en donde los ámbitos de discrecionalidad son limitados por argumentos jurídicos que tienen como punto de materialización el respeto de los derechos humanos y las garantías constitucionales. Con relación a este punto se puede leer a Alexy (1995: 61-91).

Debido proceso de doble vía: la legalidad del derecho sustancial y procesal

Si se parte de la base de que el principio de legalidad se manifiesta en el desarrollo de un proceso lleno de garantías, que permite espacios adecuados de acusación y defensa para proceder a la judicialización del posible infractor, se tiene inevitablemente que caer en cuenta que la relación directa existente entre derecho penal de carácter sustancial y democracia se determina en un momento previo con la actividad legislativa. Solo el legislador puede establecer los delitos y las penas que se van a aplicar a los ciudadanos, así como el procedimiento aplicable al ejercicio de investigación y juzgamiento de estos. Esto es posible porque proviene de la soberanía popular y de la facultad de autodeterminarse y concretar las normas que van a hacer posible el cumplimiento del contrato social.

De esta forma el derecho procesal penal y la democracia se conectan íntimamente en una relación de respeto hacia las formas y la sustancia del derecho. Así se abandona toda forma irracional de dominación de poder por parte del Estado y se establece un estricto control de su actuación, determinado en el respeto a los derechos fundamentales de los partícipes dentro del proceso. Enmarcando dichos derechos en el orden legal y el control judicial se llega forzosamente a la conclusión de que este es un derecho humano de primera generación que pretende equilibrar las cargas entre acusador y acusado. A ello se le denomina debido proceso.

Este se convierte en el elemento que edifica las estructuras del proceso y al mismo tiempo es el garante de los derechos de los sujetos, haciendo posible que los partícipes se aten a sus presupuestos con la finalidad de alcanzar su pretensión.

El núcleo central sobre el cual gira el derecho fundamental al debido proceso se encuentra en el respeto a la dignidad humana. El Estado se compromete a garantizar el derecho de defensa del procesado y a respetar su presunción de inocencia en el trámite de la investigación y del juzgamiento de su caso. Su actuación se compromete a acusar al procesado para que este pueda activar su derecho de defensa, relacionando los hechos jurídicamente relevantes y las normas legales vulneradas, así como los elementos materiales probatorios y la evidencia física que sostengan su acusación. En este punto el Estado se compromete a desvirtuar la presunción de inocencia, otorgándole al procesado la posibilidad de guardar silencio. De esta manera se genera forzosamente un esfuerzo encaminado a desvirtuar dicha presunción.

Así las cosas, acudiendo a Guerrero Peralta (2011a: 74-80), a la presunción de inocencia contenida en el artículo 29 de la Constitución Política “se le considera como el derecho que asiste a todo imputado a que únicamente se le considere culpable cuando existe una sentencia en firme que declare su responsabilidad penal de manera definitiva”. Pero, como lo afirma posteriormente, este principio no solo se ve comprometido frente a la sentencia judicial en firme, sino que en el desarrollo del proceso tiene implicaciones en diferentes aspectos tales como:

1. La carga material de la prueba corresponde al ente acusador, lo que significa que este tiene la obligación de presentar la prueba de cargo, y la defensa tendrá la facultad de refutarla y presentar la prueba de descargo; en ese sentido, si el ente acusador no presenta su prueba, la defensa tampoco estará obligada a presentarla.
2. La prueba será practicada en el juicio oral con las excepciones de ley; ello implica que la prueba tenga que ser valorada en el foro judicial, en el juicio oral, cumpliéndose así los postulados de la publicidad, oralidad, contradicción y la intermediación de la prueba por parte del juez. Bajo estos presupuestos se concreta la posibilidad de valorarla en un criterio de imparcialidad.
3. Toda prueba fundada en la vulneración del debido proceso es nula de todo derecho. En este aspecto, cuando el medio de prueba ha sido generado trasgrediendo derechos y garantías fundamentales que puedan provenir de tortura, constreñimiento ilegal, constreñimiento para delinquir, tratos crueles inhumanos o degradantes o violación al derecho intimidad; son pruebas ilícitas; ahora las pruebas serán ilegales también

cuando sean efectuadas irregularmente. Estas consideraciones se extienden tanto a los actos de investigación como a los actos probatorios propiamente dichos si se practican sin las formalidades legales previstas para la obtención y práctica de la prueba, o sea, aquellas concretadas sin la observancia de las formalidades legalmente establecidas (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, radicado: 29416, del 23 de abril de 2008, Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas). En este caso la prueba no puede ser valorada ni puede ser el fundamento de una sentencia judicial que desvirtúe la presunción de inocencia. 4. Cuando se afecta el derecho fundamental a la libertad, la imposición de una medida de aseguramiento implica la afectación a la presunción de inocencia, que conlleva la obligación por parte del Estado de demostrar mínimamente el grado de participación o autoría del delito a quien se le imponga la medida cautelar (detención preventiva).

El acusado entra inocente al juicio y puede salir culpable solo si la carga probatoria determina su responsabilidad penal. En otras palabras, es al Estado al que le corresponde demostrar la culpabilidad del ciudadano sometido a juicio, y es en la prueba en donde se funda la argumentación frente a la normatividad legal para llegar a declararlo culpable.

Democracia y principio de publicidad en el derecho procesal penal

Otro punto de encuentro entre el derecho penal y la democracia se puede determinar dentro del escenario propio del derecho procesal penal: el desarrollo del principio de publicidad, entendido como garantía de las partes en el proceso. Tal principio se puede concebir desde dos posiciones: desde el punto de vista interno, como el derecho que poseen los sujetos procesales a conocer las decisiones jurídicas y argumentadas tomadas por el órgano jurisdiccional dentro del desenvolvimiento del proceso penal para poder compartirlas o contradecirlas, desarrollando así la garantía procesal de la doble instancia; y por otra parte, como un principio de naturaleza externa, en el que la sociedad puede observar, conocer y vigilar la labor del juzgador y de aquellos que participan dentro del proceso, de tal forma que estos no desborden el marco normativo descrito por el legislador. Al mismo tiempo, al sentirse observados y vigilados por los ciudadanos, se garantiza que las partes no cometan arbitrariedades que se vean determinadas en injusticias, especialmente para los procesados.

Bentham (1971: 139–157) se convierte en el principal protector de este principio al considerarlo como el medio idóneo para controlar el ejercicio penal del Estado. En el mismo sentido, Beccaria encuentra la esencia de tal principio en la formación de la opinión pública con relación a las decisiones del juez, de tal forma que la ciudadanía se vuelva vigilante del operador judicial y este tenga que desprenderse de su fuerza y de sus pasiones. En igual sentido, Rousseau y Voltaire comprenden la publicidad como un principio vigilante y como una actividad legítima que debe ser abierta a la sociedad como punto esencial de su actuar equilibrado y transparente (Anitua, 2004: 67-102).

Navarro Marchante (2011: 84-85) estima que:

la doctrina procesalista diferencia varios tipos de publicidad en el proceso judicial: la publicidad para las partes y la publicidad general, y dentro de esta última la publicidad inmediata y la publicidad mediata. La publicidad para las partes, publicidad interna, publicidad relativa o publicidad procesal hace referencia a que las actuaciones del proceso deben ser conocidas por las partes personadas. La publicidad general, publicidad externa, publicidad absoluta o publicidad extraprocesal resulta cuando el proceso puede ser conocido por toda la sociedad, por personas ajenas no personadas en el proceso. Esta publicidad general para la sociedad hace referencia a que los actos procesales pueden ser percibidos directamente por los ciudadanos, básicamente por la asistencia de estos a las vistas orales públicas (publicidad inmediata), o que este conocimiento público se puede materializar, indirectamente, a través de un intermediario un medio de comunicación presente en el juicio oral.

Con relación al principio de publicidad, expresado como derecho y garantía, se puede leer el artículo 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el que se dispone: “El proceso penal debe ser público salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”. Es importante referenciar aquí el caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, sentencia del 30 de mayo de 1999, proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que se señala:

172. La Corte considera probado que los procesos militares de civiles supuestamente incurso en delitos de traición a la patria son desarrollados por jueces y fiscales “sin rostro”, y conllevan una serie de restricciones que los hacen violatorios del debido proceso legal. En efecto, se realizaron en un recinto militar, al que no tiene acceso el público. En estas circunstancias de secreto y aislamiento tuvieron lugar todas las diligencias del proceso, entre ellas la audiencia misma. Evidentemente, no se observó

el derecho a la publicidad del proceso, consagrada por la Convención (extracto referenciado por Huertas *et al.*, 2005: 124).

El principio de publicidad dentro del proceso penal cumple funciones propias de las sociedades democráticas, pues genera un control social sobre las actuaciones de los sujetos procesales y del Estado. En un primer momento, pone a los sujetos procesales de cara al público de tal forma que influye en el comportamiento de ellos a la hora de concretarse el juicio. Así se promueve el compromiso de una actuación acorde al papel que cada uno desempeña y se provoca una presión psicológica que los estimula a obrar legalmente, pues la opinión pública y los medios de comunicación serán garantes de sus actuaciones a través del derecho a la libertad de expresión. En este aspecto, qué más apremiante que la reacción social sobre el comportamiento individual.

Por otra parte, en cuanto al testimonio vertido en el juicio oral, el testigo se ve sometido al control social cuando rinde su declaración en la audiencia, pues en caso de realizar aseveraciones que carezcan de sentido común, inverosímiles, o contrarias a la verdad, será sometido a la confrontación pública de su dicho y por lo tanto será desacreditado por la sociedad. Bentham expresa que el sometimiento del testigo al público en la audiencia genera un compromiso personal con la verdad, de tal suerte que este no incurra en el delito de falso testimonio y, si quisiera hacerlo, la presión social lo llevaría a reevaluar su intención.

Bentham ve una ventaja más al principio de publicidad en el proceso, observándola de cara al desarrollo de la audiencia pública. Comprende que las personas que asisten a la audiencia pueden tener información valiosa, ratificándola cuando un testigo declara públicamente.

El juez, por su parte, se ve comprometido, según Bentham, corporal y espiritualmente en el ejercicio de su cargo. Esto lo hace un sujeto responsable frente a las decisiones que tome en el foro público, es decir, un sujeto público que puede ser cuestionado frente a los argumentos que lo lleven a tomar una decisión. La obligación de racionalizar constantemente sus decisiones y de ejercer un compromiso propio de su cargo se impone. En otras palabras, la opinión pública lo lleva a cumplir con la garantía de imparcialidad, la cual para Ferrajoli (2005: 574-589) termina siendo una garantía orgánica dentro del proceso que implica neutralidad, separación de todo compromiso subjetivo y disponibilidad frente a la ley y la verdad.

Desde el punto de vista del Estado, el principio de publicidad es fuente de su legitimidad debido a que le informa a la sociedad que el procedimiento judicial establecido para imponer un castigo se hace garantizando todos los derechos del procesado y de los demás sujetos procesales. De esta forma no solo se está exponiendo al público, sino que está generando confianza frente a las expectativas normativas descifradas en normas jurídicas, concitando la evaluación de la sociedad por medio de la comunicación. Con ello se garantizan: la acusación, la carga de la prueba y el contradictorio con la defensa (Ferrajoli, 2005: 616; Anitua, 2004: 78).

Por otra parte, Anitua (2004: 75) entiende que la publicidad genera la posibilidad de que el Estado cristalice una política criminal que genere una prevención general, de tal manera que la sociedad conozca cómo actúa el poder judicial y la forma en que restringe los derechos de los asociados.

Publicidad, sistemas procesales y verdad

De acuerdo con lo expuesto hasta el momento, el principio de publicidad funge como blindaje al proceso penal tanto internamente como externamente, garantizando que la sociedad y los medios de comunicación puedan seguir cada una de las actuaciones que se surten, al tiempo que los intervinientes conocerán en detalle cada una de las actuaciones según su naturaleza.

Es menester aclarar que el principio de publicidad, aplicado al proceso penal, es propio de las sociedades democráticas, pero a su vez forma parte de los sistemas procesales acusatorios o con tendencia acusatoria, oponiéndose de esta manera a procesos penales de naturaleza inquisitiva y sometiéndose a una vida restringida dentro del proceso penal de naturaleza mixta (con relación al estudio de los sistemas procesales se puede leer a Armenta Deu, 2012: 19-58). El proceso penal debe ser público en la medida en que el Estado explica su poder en la racionalidad legítima de su accionar, de tal forma que pretende hacer una reconstrucción pública de los hechos que lo llevan a la determinación de acusar. Esto hace posible comprender que la verdad forma parte del escenario dentro del cual el acusador pretende demostrar toda una serie de hechos con trascendencia penal que lo llevan a pedir su condena. Por su parte, el defensor del procesado pretenderá demostrar su verdad, ya sea desvirtuando la verdad del acusador o presentando su propia teoría de verdad. En este punto es donde se funda el concepto

de adversariedad, que genera un triángulo entre juzgador, acusador y defensa, en el que la verdad que salga a flote será aquella que acoja el operador jurídico (Albarracín, 2009: 9-43].

Para Ferrajoli, los rasgos fundamentales del sistema acusatorio son: la rígida separación entre juez y acusación, la igualdad entre la acusación y la defensa, la publicidad y la oralidad del juicio. Para este autor, el proceso acusatorio se concreta como aquel en el que el juez ocupa una posición pasiva, rígidamente separado de las partes, haciendo que el juicio sea una contienda entre iguales, iniciada por la acusación, en la que la carga de la prueba solo le compete al acusador y será controvertida por la defensa para posteriormente ser valorada según su libre convicción (Ferrajoli, 2005: 563, 567; Maier, 2002).

Es en este escenario donde surge el jurado de conciencia, fruto de las tradiciones democráticas. La propia sociedad señala la responsabilidad penal o absuelve, haciendo del principio de publicidad una garantía que respalda las demás que se encuentran inmersas en el proceso penal. En ese sentido, Ferrajoli considera que la publicidad hace parte de otras garantías que, al ser secundarias, facilitan la concreción de las garantías de orden primario (formulación de la acusación, la carga de la prueba y el contradictorio con la defensa), que son materialmente expresadas a lo largo del desarrollo del juicio. Así llega a discriminar como garantías secundarias a la publicidad, la oralidad, la legalidad o ritualidad de los procedimientos y la motivación de las decisiones judiciales (Ferrajoli, 2005: 616-621).

Ahora bien, en los procesos con tendencia acusatoria, el concepto de verdad se establece como la verdad material, aquella que determina efectivamente lo sucedido, de tal forma que la finalidad del proceso se encuentra sometida a la justicia material. El acusador se encuentra sujeto a investigar lo favorable y lo desfavorable, a desarrollar el principio de investigación oficiosa, según el cual el Estado se encuentra al servicio de la administración de justicia, pues forma parte de ella (Guerrero, 2012: 1-28).

El juez puede tener un ámbito de movilidad en el ejercicio de su labor sin llegar a solicitar y presentar la carga de la prueba. Puede entenderse como un partícipe del proceso que debe considerar su misión al respeto de la verdad real que conlleve a una justicia material; el problema que se presenta con relación a este sistema procesal es el que se desprende del principio de imparcialidad, cosa que no sucede en el proceso de naturaleza acusatoria, en donde el juez no participa

del proceso, pues se atiende a la verdad que ponen frente a su presencia los adversarios: acusador y defensa.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado, en sentencia de constitucionalidad:

Las menciones generales sobre el nuevo sistema procesal penal, citadas anteriormente, permiten advertir que se trata de un nuevo modelo que presenta características fundamentales especiales y propias, que no permiten adscribirlo o asimilarlo, *prima facie*, a otros sistemas acusatorios como el americano o el continental europeo. Se diseñó desde la Constitución un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, desarrollado por la Ley 906 de 2004, con acento en la garantía de los derechos fundamentales del inculcado, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo presentes los derechos de las víctimas. Se estructuró un nuevo modelo de tal manera, que toda afectación de los derechos fundamentales del investigado por la actividad de la Fiscalía, queda decidida en sede jurisdiccional, pues un funcionario judicial debe autorizarla o convalidarla en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales. El nuevo diseño no corresponde a un típico proceso adversarial entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia. En desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Con todo, en el curso del proceso penal, la garantía judicial de los derechos fundamentales, se adelantará sin perjuicio de las competencias constitucionales de los jueces de acción de tutela y de *habeas corpus* (C. 591 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas).

En igual sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha afirmado:

En efecto, se trata de un principio adversarial modulado por cuanto en nuestro sistema de enjuiciamiento oral se reconoce la condición de intervinientes a las víctimas y al Ministerio Público, y además porque el Juez no cumple un papel pasivo como

si se tratara del árbitro de una contienda, sino que debe actuar pro activamente como garante de los derechos fundamentales cuando quiera que resulten amenazados o menguados, y debe procurar que el caso se resuelva sobre una base de verdad real y en un plano de justicia material.

Sin embargo, a pesar de que el sistema acusatorio adoptado a raíz de la citada reforma constitucional y progresivamente implantado a través de la Ley 906 de 2004, con modificaciones en la ley 1142 de 28 de junio de 2007, ostenta un principio adversarial no absoluto sino modulado, lo que resulta innegable es que no por ello deja de ser un proceso de “partes”, una de las cuales representa al Estado y se encuentra encarnada por la Fiscalía General de la Nación, cuyo objetivo es desvirtuar la presunción de inocencia que ampara a su adversario, la otra “parte”, que es el imputado o acusado (C.S. de J. Radicado: 26827, del 11 de julio de 2007. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca).

Así las cosas, nuestro sistema procesal obedece a uno con tendencia acusatoria, en donde el equilibrio entre derechos y garantías de los sujetos procesales debe ser preservado por el juez. Al mismo tiempo, su actividad no es la de un mero árbitro, sino la de un garante de exigencias normativas que comprometen la verdad y la justicia, lo que conlleva inevitablemente a que module la intervención de los actores dentro del proceso realizando actividades de ponderación, proporcionalidad e igualdad, tomando como referencia las normas sobre derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad y su acoplamiento a las normas nacionales.

Con relación al contexto de verdad en dicho sistema procesal, el escenario cambia: el principio de publicidad se ve restringido. En el desarrollo de las etapas de investigación y de juzgamiento, aunque se reconoce de manera plena, se puede llegar a comprender que, con relación al principio de investigación oficiosa, el fiscal realiza su labor de manera privada en el entendido de recolectar los elementos materiales probatorios y evidencia física dentro de un espacio en el que solo pueda actuar el investigador frente a la recolección de la evidencia y el juez como garante de los derechos fundamentales de los investigados. En este sentido, la investigación es reservada, en la medida en que la privacidad del acto de investigación garantiza que su desarrollo no sea interferido por otro que pueda entorpecer su labor. Por su parte, la defensa puede desarrollar su actividad en igual sentido, partiendo del principio de igualdad de armas, con relación al mismo supuesto de su adversario, siempre y cuando tenga conocimiento del desarrollo de una investigación en su contra.

Es de advertir que cuando un ciudadano conozca que en su contra existe una investigación penal que se encuentre en la etapa de indagación, puede activar su derecho de defensa y participar activamente dentro de las audiencias solicitadas por el ente fiscal sin necesidad de que se active su derecho a la defensa con la imputación. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades (C 150 de 1993, C 412 de 1993, C 799 de 2005, T 920 de 2008, C 025 de 2009, C 127 de 2011).

En conclusión, el derecho a la defensa es un derecho vinculante a todas las etapas de proceso penal, incluyendo aquellas que se consideran preprocesales (entiéndase por tales la indagación hasta la culminación del proceso). Debe ser así porque la materialización de la garantía que determina el derecho a la defensa no presenta límites que se puedan llegar a establecer como una forma de realizar una actividad probada por parte del Estado, máxime cuando la consecuencia de ello es el sufrimiento de la materialización de un proceso y la posible imposición de una pena. El principio fundamental sobre el cual se rige esta garantía se establece en el principio de igualdad de armas y se concreta con la posibilidad de participar en audiencias preliminares, desarrollar la contradicción y provocar una carga de investigación.

Cosa diferente se presenta, en el desarrollo de la etapa de juzgamiento, (acusación y audiencia de juicio oral), en la que la prueba se materializa inevitablemente por el principio de contradicción, teniendo como presupuesto el principio de oralidad, inmediación y concentración. Es pertinente referenciar en este punto que tanto en el proceso de naturaleza adversarial como en el proceso con tendencia acusatoria la prueba se materializa dentro del escenario del juicio, en el que el principio de publicidad cobra plena importancia, pues el testigo rinde su declaración no solo frente a los sujetos procesales, sino que además lo hace frente a la sociedad. Al respecto, Bentham es contundente al afirmar que el testigo se somete a la opinión pública, bajo el presupuesto de que este debe hablar frente a la sociedad y no sentir vergüenza de su dicho. En palabras coloquiales, este no debe temer pues está diciendo la verdad frente a la sociedad; por ello: “El que nada debe, nada teme” (Bentham, 1971).

Lo anterior significa que la persona que funja como testigo no debe tenerse por sospechosa o como interviniente en el juicio o en la causa penal que se adelante si de su testimonio no se desprende de forma clara y directa tal afirmación.

Por lo tanto, los medios y la sociedad que asistan legitimados a través del principio de publicidad del proceso a las audiencias no deben informar ni tener como ciertas aseveraciones producto de su personal entendimiento sobre los hechos que narra el testigo. De hacerlo, estarían transgrediendo, desconociendo y vulnerando el principio en mención, aparte de los derechos a la honra, el buen nombre y la presunción de inocencia de quien es llamado al proceso en calidad de testigo. En ningún caso se podrá tener esta limitación a su derecho a informar por censura, ya que de la colisión de derechos siempre se preferirá la que ocasione un menor daño o perjuicio al titular del derecho y al ejercicio del mismo.

El concepto de publicidad es diferente dentro del sistema procesal inquisitivo. Allí el proceso penal se torna privado en todas sus partes, pues pretende alcanzar la verdad real, tomando como medio el silencio, el secreto, la privacidad y el papel, de tal manera que en el expediente se circunscribe la verdad. Por ello la publicidad es inoportuna para la sociedad, pues poner en contacto del público a la prueba genera en cierto sentido la intromisión de un extraño en el desarrollo del proceso, que puede llegar a entorpecer su ruta. Esta es la razón por la cual, frente a este sistema procesal, opera el principio de permanencia de la prueba, que fundará su existencia en el papel del juzgador que será juez y parte, en la medida en que investigará y al mismo tiempo acusará y después juzgará, apoyándose en el expediente. Al plasmarse el testimonio en el papel, este permanecerá allí incólume, y el funcionario lo valorará con la objetividad que el documento le brindará, libre de apremio frente al texto de naturaleza judicial.

Por la obsesión de perseguir la verdad, se llega a extremos como la tortura como punto de encuentro entre el medio y el fin para alcanzar el objetivo. No en vano se utilizan métodos desafortunados que pretenden alcanzar la verdad de cualquier manera; por ello el testimonio se convierte en un modelo secreto que pretende llegar a escuchar lo que se desea, sin importar los suplicios que se cometan en contra de la dignidad del declarante. Gracias al desarrollo de los sistemas jurídicos, esta es una forma de recaudar pruebas que ha optado por el respeto de los derechos de la persona humana antes que por el efectivísimo judicial a ultranza. Así se han insertado en sus normas procesales penales la “cláusula de exclusión probatoria”, que en el caso colombiano se encuentra consagrada en el artículo 23 del estatuto procesal penal, en correspondencia con el artículo 29 constitucional, y que de manera expresa declara la nulidad de pleno derecho

y excluye de toda actuación procesal aquellas pruebas que sean obtenidas por medio de la vulneración a las garantías fundamentales (Juárez, 2012: 285-314; Bonet Pérez, 2012: 26-285).

Por otra parte, siguiendo con el hilo conductor de los sistemas procesales en relación con el principio de publicidad, el sistema procesal penal de naturaleza mixta, que recoge aspectos del proceso penal de carácter inquisitivo y aspectos del adversarial, sigue comprendiendo a la verdad como aquella que se ajusta a la justicia material pero que se atiene a lo determinado en el expediente. En este marco, se entiende el principio de permanencia de la prueba como punto estructural que determina la materialización de la prueba; por ello coloca en el método escritural el procedimiento que permite desarrollar la etapa instructiva, en la que el acusador es un funcionario judicial que toma decisiones de esta índole y al mismo tiempo se convierte en acusador para que el juez posteriormente desarrolle la etapa de juzgamiento. Las pruebas recaudadas en la etapa instructiva no se materializan en la etapa subsiguiente, lo cual sirve de mérito para llegar a determinar la responsabilidad penal del acusado. En este sentido el proceso se convierte en un escenario público solo en la etapa de juzgamiento, y el principio de publicidad cobra plena importancia en la medida en que haya existido formulación de la acusación.

Así las cosas, se puede concluir que en los procesos penales adversariales o con tendencia acusatoria el principio de publicidad se torna trascendente y siembra su explicación en la democracia, pues respalda el accionar del Estado frente a los ciudadanos; en otras palabras, somete su accionar de cara a la sociedad y en el punto fundamental de esta a la opinión pública, haciendo del proceso penal un escenario en el que la garantía pone de presente el contexto democrático en el que se desenvuelve el proceso. De este modo se prueba cómo se cumplen todas las garantías que favorecen los derechos que tienen los ciudadanos en el ejercicio del *ius puniendi* y al mismo tiempo con relación al sometimiento de la opinión ciudadana sobre las decisiones del operador en el plano del ejercicio del derecho penal. Cosa diferente se manifiesta en el proceso penal inquisitivo, en el que la publicidad es observada como un obstáculo, poniendo de presente la posición prevalente del Estado sobre los ciudadanos y entendiendo el excesivo ejercicio de su poder, para que de esta forma se agote el proceso en la intimidad de la voluntad del autoritarismo, lo que conlleva un desequilibrio entre acusador y acusado.

Por lo tanto el Estado, al hacer públicas las actuaciones, intervenciones y alegatos que se surtan en el proceso penal con tendencia acusatoria, realiza de fondo la legitimación, ante la sociedad en general y los medios de comunicación, que conforman en últimas la opinión pública, de la decisión que resulte de ese proceso. Esto no puede ser interpretado como el impulso o complacencia de un Estado de opinión, pero sí como una garantía de que los ciudadanos conozcan sin restricciones cómo el Estado respeta las garantías procesales de los individuos en el proceso penal.

Democracia, principio de publicidad y teleología en el proceso penal

Así como el principio de publicidad se erige como un punto de encuentro entre la sociedad y el juicio de naturaleza penal, desarrollando el principio democrático dentro del Estado de derecho, desde un punto de vista externo, en el que el componente ético se delimita en hacer visible el comportamiento del Estado de cara a la sociedad en la realización del proceso y en la imposición de la pena, es válido recalcar que pueden surtirse diversas finalidades de este, dependiendo de la posición que cada sujeto procesal ocupe, todo ello de acuerdo al interés que a cada uno le asiste (Anitua, 2004: 78-83).

Por ello, al *acusado* le interesa la materialización del principio de publicidad, con la finalidad de que sean corroboradas por parte de la sociedad las garantías sustanciales que se derivan del desarrollo del proceso penal. Por esto pretende que, al ser este un juicio público, el Estado se vea en la necesidad de hacer efectivas todas y cada una de las garantías judiciales reconocidas dentro del sistema jurídico, ante la sociedad vigilante y ante los demás entes estatales (Ministerio Público) encargados de realizar tal vigilancia, para que no exista ningún argumento que deslegitime su actividad. Cada ciudadano puede conocer así la cara del acusador, del operador judicial y de aquellos que participan activamente dentro de este proceso. Ello pone de manifiesto que así como el derecho es practicado por las instituciones, se ejercita materialmente, carga filosófica que hace parte del principio de Estado social (Quinche, 2012: 46-64).

Otro aspecto que interesa al acusado para la materialización del principio de publicidad se desprende de lograr del juzgador un compromiso de imparcialidad. Al ser observado por el público (por la sociedad) y las partes, este tendrá el

compromiso de asumir una posición objetiva equilibrada, que permita desligar cierta carga de subjetividad del ejercicio de su cargo. No obstante, aunque este pueda ser un argumento teóricamente lógico, no es totalmente sólido. Como se puede leer con relación a los métodos de interpretación jurídica, si bien el derecho pretende por medio de la ley hacer del operador jurídico un sujeto imparcial, sometiéndolo a lo determinado en la norma, Hart demuestra hábilmente que el hecho de aplicar el derecho no significa que sobre este no existan lagunas o zonas de penumbra en su estructura, que hagan posible que existan diversas interpretaciones sobre ella. De esta manera se viabiliza que el derecho guarde cierto grado de discrecionalidad por parte de quien hace justicia (Uprimny Yepes y Rodríguez Villabona, 2003: 94-99).

De todas formas el operador judicial, con relación al ejercicio del principio de publicidad, no debe realizar actos o tener actitudes frente a los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general que traten de ofender a los partícipes del proceso y que sean contrarias al derecho. Por el contrario, y en cumplimiento de sus funciones, debe siempre autorregularse por los principios de independencia e imparcialidad. Sin embargo, esto no significa que frente a su conciencia no tenga un cierto grado de subjetividad que en un instante haga que tome partido dentro del proceso; por tal razón, el principio de publicidad se concreta en una garantía secundaria que sirve para alcanzar un cierto grado de imparcialidad en el ejercicio del *ius puniendi*, sin que ello sea lo suficientemente efectivo para impedir la parcialización del operador judicial.

El principio de publicidad cumple una función social, pues pretende verificar la aplicación de la justicia y la seguridad como valores principios y derechos constitucionales de tal forma que la sociedad vigile la actuación de los operadores judiciales y al mismo tiempo tenga la satisfacción de observar la materialización de la justicia encomendada al poder judicial. Por ello alberga en su esencia un componente filosófico, pedagógico y ejemplarizante, que pretende hacer ver a la ciudadanía las consecuencias que se derivan del incumplimiento normativo, lo que origina que ella sienta la materialización del derecho (seguridad jurídica) y al mismo tiempo le proporciona alivio frente al desenvolvimiento del proceso penal y de sus resultados (Navarro Marchante, 2011: 86-87). De esta forma se cumple con la finalidad de la prevención general positiva establecida para la pena

por el derecho penal, pues reafirma los valores fundamentales del sistema social reconocidos legalmente (Anitua, 2004: 80-81).

Fuera de ello, la publicidad de las actuaciones penales concreta la legitimidad del derecho penal determinada en su racionalidad debido a que el operador judicial se ve obligado a actuar de cara a la sociedad estableciendo la carga argumentativa correcta para dar solución a los casos que llegan a su conocimiento. En tal sentido, su solución debe ser avalada por la sociedad bajo parámetros lógicos, coherentes y justos.

Ahora bien, desde el punto de observación de los derechos de las víctimas, el principio de publicidad asegura que la actuación judicial opere de forma imparcial frente a su pretensión, de tal manera que no quede en la impunidad la investigación y juzgamiento de los delitos que vulneraron sus derechos fundamentales, en especial su dignidad.

Peligros generados con la mala utilización del principio de publicidad

Así como el principio de publicidad externa cumple con unas funciones primordiales para la sociedad, su indebida utilización puede generar efectos perjudiciales para el ejercicio del derecho de los sujetos procesales, en especial del inculpado y en particular del proceso penal. Roxin plantea tales circunstancias: por un lado, se pueden provocar daños directos al inculpado, el cual puede sufrir perjuicios en su salud, en la vida privada o en los negocios, de tal forma que aunque existiese absolución tales consecuencias persistirían; por otro lado, los medios de comunicación pueden falsear la decisión judicial, desarrollando campañas de prensa en perjuicio o en favor del implicado, lo que conllevaría a soluciones mediáticas y desproporcionadas normativamente. En este caso, frente a situaciones concretas, se puede establecer una pena mayor o menor a la legalmente establecida o influir directamente en ella; también puede participar en la condena de un inocente o en la absolución de un culpable (Roxin, 1999: 73-93).

Con dicha situación se puede establecer la tensión existente entre el principio de la publicidad en sentido interno y en sentido externo. Se deben plantear hábilmente soluciones que propendan por la salvaguarda de estas dos especies fundamentales en el ejercicio del proceso penal. Aunque este puede desarrollarse en la privacidad, apartado de la vista pública, carecería de legitimidad debido a que

el principio democrático implica que la actividad estatal esté puesta a la observación del ciudadano para que sea este quien juzgue la actividad de los poderes públicos y en lo atinente a este estudio al poder judicial, de tal forma que su actividad esté racionalmente argumentada y genuinamente desarrollada conforme a los principios jurídicos del Estado social de derecho.

Tomando como referencia lo expresado por Roxin, es en el principio de culpabilidad donde se concreta la carga democrática de la responsabilidad penal. En este escenario, un acto solo es atribuible a la persona que lo haya realizado, de tal forma que el ciudadano no sea instrumentalizado con la necesidad de imponerle una sanción en pro de los intereses sociales, sino que el individuo sea castigado con relación a su acto contrario a derecho. A partir de allí es donde empieza a jugar el principio de culpabilidad con la graduación de la sanción, que sería impuesta dependiendo de su manifestación, ya sea dolosa, culposa o preterintencional, y desde su diferenciación en la proporcionalidad de la pena, todo ello partiendo de la base de que se juzga a personas libres, capaces de autodeterminarse y de ser motivadas conscientemente por las normas (Mir Puig, 2003: 135-143; Bacigalupo, 2002).

Así las cosas, el contenido democrático dentro del derecho penal sustancial parte del supuesto de que ese acto lleno de culpabilidad previamente ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídico. Su lesividad marca entonces el derrotero de la ofensa, como una vulneración efectiva que hace posible comprender que no solo es un acto cualquiera el que se pune, sino que es un acto que reviste de tal trascendencia que hace necesaria la determinación del delito en una ley de naturaleza penal. Al mismo tiempo, esto debe concretarse en una sanción como medio de restricción de un derecho fundamental que se legitima como última forma racional de solución de un conflicto.

Ahora bien, si expresamos que el debido proceso es el medio expedito para concretar el principio democrático del proceso penal, es en el respeto a las garantías judiciales donde se legitima el ejercicio del *ius puniendi*. Es necesario comprender que el deber de acatamiento a estos constituye el medio adecuado para el desarrollo del proceso. Por tal razón, el derecho penal, desde el punto de vista de los derechos humanos y tomando como punto de reflexión al debido proceso, es un sistema de garantías reforzadas (Carmona Tinoco, 2005), en el que la pena es el acto legítimo del Estado y en el que se ha derrumbado el principio de culpabilidad

por medio de un acto justo dotado de ética, lo que conlleva inevitablemente el derrumbamiento de la presunción de inocencia (caso: Loayza Tamayo vs. Perú del 17 de septiembre de 1997, Bernal Cuéllar y Montealegre, 2013).

De acuerdo con ello, el medio de comunicación no puede sobrepasar el principio de culpabilidad, el cual solo se puede demostrar en el proceso penal. De otro modo, se correría con el ejercicio de un juicio alterno al juicio de responsabilidad penal, cosa que confirmaría el primer peligro planteado por Roxin: que el inculgado termine siendo juzgado por fuera del escenario natural, lo que implicaría vulnerar su honra y honor, y al mismo tiempo provocar un desequilibrio procesal que originaría una intervención inadecuada de un tercero que no forma parte del proceso. En tal sentido, caeríamos en un segundo problema, el cual consiste en proteger al proceso mismo de la intromisión injustificada por parte del ejercicio del derecho de publicidad externa en cabeza de los medios de comunicación, quienes en su actividad pueden llegar a valorar pruebas que no han sido llevadas a juicio o desarrolladas dentro de él o a tergiversarlas, dándoles un sentido que no corresponde al debate procesal y confundiendo a la opinión pública y al criterio de imparcialidad del operador jurídico. De esta manera los medios, en últimas, propondrían una presión en el operador judicial para que tome una decisión de acuerdo a su criterio, confundiendo el derecho que tienen de comunicación a informar con el derecho a opinar.

Otro de los peligros que se establecen dentro de la utilización de este principio radica en la manipulación de la información por parte de los sujetos procesales e intervinientes frente a la labor desarrollada por los medios de comunicación en la difusión de la noticia judicial. Dicha manipulación puede concretarse de diversas maneras. Una de ellas es filtrar informaciones obtenidas en el ejercicio de la investigación penal hacia los medios de comunicación, específicamente dando a conocer entrevistas, elementos materiales probatorios o evidencias físicas obtenidas en el desarrollo de la investigación y que no han sido llevadas a juicio para su contradicción. De este modo, se informa sobre medios de prueba antes de su confrontación en juicio oral, pues en el sistema penal acusatorio solo es prueba aquella que ha sido examinada en juicio por el adversario con la presencia del juez en virtud del principio de inmediación y concentración. En tal sentido, al informarse anticipadamente sobre estos medios de prueba, se generaría en la audiencia un tipo de valoración que, aunque no es la que podría dar el juez en su

fallo, coloca al inculpaado o a la víctima en una situación que desmejora su interés, su honra o credibilidad frente a la opinión pública y en especial en el juicio.

Puede suceder que tanto la víctima o su representante judicial como el defensor del inculpaado o este realicen valoraciones probatorias por fuera de la audiencia de juicio oral, en los noticieros emitidos en radio o televisión o en programas periodísticos en los que se desarrollan crónicas judiciales, cosa que no solo desacredita a la administración de justicia, pues deslegitima el escenario natural en el que se debe desarrollar el juicio, sino que lo traslada al público para que tome partido y así ejercer un tipo de presión sobre el juez que decide en la causa o el que restringe los derechos fundamentales de los ciudadanos. Roxin clasifica estos actos como una influencia “inconsciente” que se ejerce en el operador jurídico con la finalidad de obligarlo a tomar partido por la decisión que sea la que popularmente tenga más acogida.

Otra forma en que se manifiesta esta situación es anticipando las decisiones judiciales por parte de los operadores judiciales a los medios de comunicación. El propósito en este caso es dar a conocer las razones que llevan al tribunal o juez a tomar su decisión antes de leerla en la audiencia especial para ello, publicándolas a la opinión sin que se hayan puesto en conocimiento de los sujetos procesales con antelación. De este modo se abre la posibilidad de ejercer el derecho a la contradicción por medio del ejercicio de la segunda instancia o de que se reconsidere la decisión por parte del juez natural. En esta situación se ve comprometido el criterio de imparcialidad que debe tener el juzgador a la hora de desarrollar su actividad, pues una vez difundida su decisión antes que las partes la conozcan, se les coloca en una situación inconveniente para sus intereses.

Fuera de este planteamiento, cuando el acusador realiza declaraciones ante los medios de comunicación en las que comenta las decisiones que tomará posteriormente en las audiencias formales del proceso penal, desnaturaliza el escenario en el que debe realizar su pretensión. Esto provoca en la sociedad un sentimiento de respaldo y crea un ambiente que permite que su pedido ante la autoridad judicial triunfe, lo cual genera un desequilibrio en los sujetos procesales sobre los que se ejecutan las consecuencias de tal acto, pues se contamina el proceso por medio de un proceso “sensacionalista”.

También se encuentran las declaraciones de autoridades pertenecientes a las diferentes ramas del poder público, que cuestionan oficialmente las decisiones

de las autoridades judiciales en materia penal, desautorizándolas o expresando las consecuencias que pueden originarse de su actuar. En tal sentido alientan investigaciones disciplinarias o penales, bajo el argumento de no haber obrado de acuerdo a la legalidad. Esto origina que los operadores judiciales se vean constreñidos a actuar de una determinada manera y que indirectamente sientan que su comportamiento se encuentra vigilado para obrar de acuerdo al interés social o estatal y no para obrar en justicia según la normatividad establecida.

Ahora bien, se puede originar desinformación cuando el medio de comunicación tergiversa las finalidades del proceso penal. En tal caso, da opiniones que distan de los objetivos previstos para cada tipo de audiencia. Por ejemplo, pueden comprender que las medidas de aseguramiento privativas de la libertad se asimilan a la pena de prisión o pueden asimilar los dos significados como una pena anticipada, lo cual se encuentra alejado de los fines previstos por la normatividad y resulta al mismo tiempo antagónico. Mientras una medida es prevista excepcionalmente para casos especiales con propósitos específicos para la protección del proceso penal, la segunda es la consecuencia del juicio en el cual se desvirtúa su presunción de inocencia y se halla al acusado culpable del delito (Hernández Orozco y Santoyo Castro, 2011: 305-306).

En otras ocasiones los medios de comunicación pueden hacer aseveraciones sobre las personas que se encuentran inmersas en el proceso penal como inculpadas, cuestionándolas o haciéndolas ver como culpables, generando así un juicio anticipado y rotulándolas como buenas o malas. De esta forma la opinión pública podría formarse un concepto previo sobre aquel que ha sido juzgado, violentando así su derecho a la presunción de inocencia, su nombre y honra.

Es importante reiterar que cuando se ejerce el derecho a informar sobre procesos penales se origina una tensión fuerte entre el derecho fundamental a la información, en especial al ejercicio de la libertad de prensa, y el derecho al buen nombre, intimidad, presunción de inocencia, debido proceso, juez natural e imparcial. Navarro Marchante plantea los mismos derechos y agrega los derechos de la juventud y la infancia, cuando la noticia se desarrolla teniendo como inculpado a un niño, niña y adolescente, y menciona además los derechos de seguridad, integridad física y moral, tomando como punto de análisis a la constitución española (Navarro Marchante, 2006: 81).

A su vez, Hernández Orozco y Santoyo Castro (2011: 239-328) establecen en similares términos los derechos involucrados dentro la comunicación de los procesos penales. En especial, hacen énfasis en el derecho a la vida privada, intimidad, honor y propia imagen y a la forma como las personas públicas deben ser tratadas frente a esta situación. Los autores comprenden que el poder de comunicación que tiene el periodista es verdaderamente asombroso, pues si pierde el grado de objetividad en el desarrollo de su actividad puede vulnerar tales derechos y comprometer la salud tanto del inculpado como la del proceso. Estos comunicadores podrían llegar a desfigurar la realidad al realizar opiniones que no corresponden al derecho y a sus procedimientos o al emplear términos jurídicos de manera equívoca.

Otro aspecto que destacan Hernández Orozco y Santoyo Castro (2011: 258-265) son las imágenes gráficas de las personas que están involucradas en el proceso penal, pues como se afirma popularmente: una imagen vale más que mil palabras. El objetivo de la información no está en instrumentalizar a la persona sino en dignificarla; por ello debe protegerse a los involucrados en el proceso penal para evitar su estigmatización social publicando fotos, videos o gráficos que no provienen del escenario judicial y que muestren aspectos de su vida privada, sin que esto sea del interés del público. Al incurrir en esto se está vulnerando el derecho al libre desarrollo de la personalidad. También, al presentar estas imágenes en el escenario judicial sin que tengan una explicación, se puede hacer que la opinión pública les dé diferentes interpretaciones.

En relación a este punto puede observarse claramente la lucha entre eficientismo y garantismo. Mostrar personas en los medios televisivos como posibles infractores de la ley penal le otorga al Estado la credibilidad de sus operaciones en el interior de la sociedad y le confiere legitimidad frente a los miembros de la ciudadanía. Las personas son exhibidas con el ánimo de generar en el imaginario social una percepción de seguridad que se refleja psicológicamente en la tranquilidad de saber que el Estado está obrando en contra del delincuente. Sin embargo, es necesario considerar que alrededor de esta situación se afectan los derechos fundamentales de aquel que se encuentra expuesto. Piénsese que eventualmente esta persona pueda ser inocente de los hechos que se le enrostran públicamente: por ejemplo, el caso de los señores Alberto Júbiz Hasbún, Héctor Manuel Cepeda y Norberto Hernández Romero, personas acusadas de

haber asesinado al precandidato a la presidencia de la República Luis Carlos Galán Sarmiento. Estos hombres no solamente fueron expuestos ante los medios de comunicación como los posibles autores materiales de los hechos, sino que después de un largo periodo de privación de la libertad fueron hallados inocentes. En este caso, el Consejo de Estado condenó a la Nación a pagar una fuerte suma de dinero por los perjuicios causados por la investigación y por la afectación de los derechos fundamentales transgredidos a estas personas. Cinco años después de lograr su libertad, el señor Hasbún murió. De acuerdo a las informaciones de prensa, la Corporación referida afirmó que tanto la captura como la investigación en su contra “estuvieron fundadas sobre múltiples irregularidades” que fueron reconocidas, incluso, por la propia Fiscalía en el momento de cerrar el proceso y ordenar su libertad. También se lee en el fallo que “se presentó una grave violación a los derechos de buen nombre y honra de las aludidas víctimas, puesto que fue un hecho notorio a nivel nacional [...] que provocó el odio, el desprecio público y el rechazo frente a esas personas” (periódico *El Heraldo* del 27 de febrero de 2014, Sentencia Consejo de Estado del 29 de enero de 2014, radicación 25000232600019951071401. Consejero Ponente: Hernán Andrade).

Lo paradójico de este caso es el tiempo transcurrido en la vulneración de aquellos derechos humanos. Tan pronto el precandidato Luis Carlos Galán murió en 1989, estas personas fueron privadas de la libertad desde 1989 hasta 1993, y solo hasta el año 2014 se condenó al Estado. En el periodo de su privación de libertad estas personas fueron sometidas al escarnio público con sus familias, y hoy esta noticia pasa a ser una más del cotidiano transcurrir de los colombianos. Ello demuestra cómo eliminar la estigmatización es más difícil de lo que se cree.

A contrario sensu, la visibilización de las personas procesadas ante los medios de comunicación puede generar diversas reacciones en la sociedad: sentimientos de odio y venganza por parte de la ciudadanía en general o, en algunas situaciones, conmiseración y compadecimiento debido a que son mostradas como seres salvajes expuestos en una jaula con una pijama de rayas y sometidas al escarnio público. Ejemplarizando esta situación encontramos el caso de Abimael Guzmán en Perú. Este ciudadano, jefe de la organización criminal Sendero Luminoso y al cual se le atribuyen la mitad de los muertos producidos en la guerra del Perú que ascendió a 70.000 personas, entre los años 1980 a 2000, fue expuesto ante los medios de comunicación en imágenes que hoy en día le dan la vuelta al mundo

por las diferentes redes sociales como si fuese un trofeo. Ello resulta lógico para una sociedad que ha vivido el impacto criminal de este ser que en la actualidad está pagando una pena de prisión perpetua, lo que se explica como la manifestación coherente del sentimiento de seguridad ciudadana que pretende una pena ejemplar, la tranquilidad de no seguir viviendo bajo el miedo o la zozobra de un ataque terrorista o un secuestro, lo que inevitablemente genera eficiencia estatal. Pero para aquellos que no convivieron con esta situación su reacción puede ser diferente; en tal caso es fundamental contextualizar la situación para no caer en excesos a la hora de judicializar personas.

Cosa diferente se presenta cuando una persona pública es procesada judicialmente. En este caso el derecho a la intimidad, al buen nombre y a la honra cede frente al derecho a la información, en razón al importante papel que cumplen los medios de comunicación en la sociedad, puesto que sobre ellos recae la función de controlar y supervisar a las entidades estatales y a los poderes privados. Por otra parte, el juzgamiento de personajes públicos genera un interés general que pretende ser cubierto tanto en sus actividades públicas como en las privadas, lo que permite que estas figuras sean observadas minuciosamente. No obstante, esto no autoriza al medio de comunicación para extralimitarse en el ejercicio de su actividad. De la opinión de los casos públicos puestos a consideración de la ciudadanía no puede descontextualizarse la información ni acompañarla con palabras injuriosas que desdibujen su identidad. De ser así, el derecho a la intimidad y al buen nombre sí pueden ser reclamados en sede judicial, y en consecuencia se pueden hacer valer los derechos del afectado frente a aquellas informaciones que sean lesivas.

En este punto vale la pena advertir que con esta actitud el comunicador podría traspasar los límites del delito de injuria o calumnia (dependiendo de la ofensa que efectúe), pues produciría una afectación al bien jurídico del honor no solo de un personaje público sino de cualquier ciudadano que esté frente a un proceso penal y sobre el cual se tiene el derecho a informar pero no a desfigurar su contenido. Si bien el medio de comunicación no está obligado a utilizar un lenguaje especializado sobre la información que transmite, sí está obligado a ser imparcial en su ejercicio, a no distorsionar la realidad de lo sucedido y a no descontextualizar el significado o el sentido del proceso sobre el cual publica la noticia (Lombana, 2013: 43-183; Hernández Orozco y Santoyo Castro, 2011: 303-314).

Juicios paralelos

Bacigalupo reafirma la tensión existente entre el derecho a un tribunal imparcial y el derecho a informar verazmente y a ser informado, sosteniendo que la prensa y el derecho penal no tienen buenas relaciones. En efecto, la dificultad no se encuentra en hacer pública la actuación de los tribunales judiciales, sino en hacer un juicio social del proceso penal. Roxin, por su parte, manifiesta que dicho acto constituye un “juicio paralelo” en el que se recrean de manera subjetiva las posiciones que el medio de comunicación considera deben ser tomadas en cuenta por el juez natural, generando varias consecuencias con ello, en especial: la anticipación del juicio de responsabilidad y la contradicción entre el fallo judicial y las consideraciones expresadas por el medio de comunicación. En este aspecto la situación recae en lo atinente a la contrariedad que experimenta la sociedad cuando el juez falla por fuera de lo expuesto por el medio de comunicación, colocando a la administración de justicia en un estado de ilegitimidad. Además, también hay consecuencias para el procesado, pues se violenta su presunción de inocencia frente a la opinión pública; en otras palabras, la comunidad tendría una concepto sobre este, bueno o malo pero anticipado, sin que haya sido juzgado por el juez natural, de tal suerte que el principio de imparcialidad se encuentra trasgredido. Y es que así como el medio de comunicación debe obrar libremente, el juez debe tener la suficiente autonomía para no ser cuestionado en el desarrollo de su función, para que pueda realizar la finalidad del derecho que no es otra que la justicia (Bacigalupo, 2002: 140-144; Caldas, 2013: 113).

Lombana, citando a Espin Templado, manifiesta que

por juicio paralelo se entiende: el conjunto de informaciones aparecidas a lo largo de un periodo de tiempo en un medio de comunicación sobre un asunto subjudice, a través de los cuales se efectúa por dichos medios una valoración sobre la regularidad legal y ética del comportamiento de personas implicadas en los hechos sometidos a valoración. Tal valoración, se convierte ante la opinión pública en una suerte de proceso (juicio paralelo) en el que los diversos medios de comunicación ejercen los papeles de fiscal y abogado defensor así como frecuentemente de juez (Lombana, 2013: 213).

Barrero Ortega distingue el concepto de juicio paralelo con la actividad informativa del medio de comunicación, indicando que cuando se asume la posición de la autoridad judicial se desarrolla un juicio mediático donde el comunicador

suplanta a quien constitucionalmente le corresponde desarrollar tal labor. *A contrario sensu*, cuando este realiza la labor de investigación periodística y encuentra situaciones o comportamientos ilegales que posteriormente llagarán a los tribunales, no recae en esta situación pues ello forma parte de su actividad liberal (Barrero Ortega, 2001: 173).

En cambio, el comportamiento del comunicador destinado a la búsqueda de testigos y pruebas, a fin de confrontarlas con lo dicho por el acusado, el acusador o los peritos dentro de los juicios orales de naturaleza penal, conlleva la significación denominada como “juicio paralelo”. Así se plantea un desequilibrio que vulnera los derechos al honor, la presunción de inocencia y la defensa en el interior y el exterior del proceso. Por otra parte, genera una distorsión sobre la imagen del procesado hacia la sociedad, estigmatizando como “bueno o malo” a aquel que aún no ha sido juzgado. Por esta vía el proceso se convierte en una novela en la que constantemente el imaginario traza percepciones de lo que este considera que es la realidad, incidiendo indirectamente en el proceso penal, sin que exista certeza sobre el imaginario cotidiano.

Uno de los problemas más significativos que posee el proceso penal con relación a los juicios paralelos se concreta en la reserva judicial en etapa de investigación. Cuando nos encontramos en esta etapa el acusador centra su esfuerzo en encontrar los elementos materiales probatorios y evidencia física suficiente que le permitan esclarecer el hecho significativo o constitutivo de una infracción penal. Para ello debe realizar una instrucción que le permita encontrar o hallar resultados que confirmen su hipótesis a la metodología investigativa. Naturalmente, esta fase procesal debe ser secreta, entre otras razones porque se colocan en juego los derechos fundamentales del indiciado, y al mismo tiempo la pretensión de esclarecimiento de la investigación se ve comprometida seriamente si es ventilada públicamente, pues puede perderse, ocultarse o transformarse el material probatorio que sirva para hallar la verdad.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando el medio de comunicación vulnera seriamente la reserva del sumario? No hay una respuesta concreta en el escenario internacional. El Tribunal Constitucional Español, por ejemplo, en sentencias 13/1985 y 176/1988, considera que las informaciones obtenidas al margen del proceso pueden ser conocidas por la opinión pública o que si alguno de los testigos, víctima o acusado declara ante los medios de comunicación sobre hechos que forman parte

de la instrucción no se vulnera ningún derecho fundamental, toda vez que estos corresponden a hechos que no pertenecen a la actuación del órgano judicial, pues se entiende que sobre esta sí existe la reserva. Cosa diferente sucede en Italia, en la que debe eliminarse toda información expresada por el medio de comunicación que vulnere la reserva judicial del contenido de los actos cubiertos por este derecho intrínseco al proceso; sin embargo, se le otorgan facultades al ministerio público para levantar la reserva judicial. La inseguridad jurídica sobre este tema se traslada a Portugal, en donde supuestamente se pueden informar situaciones en narraciones circunstanciadas, una situación que origina un grado de subjetividad en su interpretación. Por último, en Alemania no se presenta una regulación expresa sobre este tema en particular (Barrero Ortega, 2001: 177).

Con relación al principio de presunción de inocencia, debe advertirse que este opera tanto para las autoridades judiciales como para los particulares, en este caso los medios de comunicación. No se puede acusar como culpable a una persona sobre la cual no se ha realizado el juicio de responsabilidad o no existe una sentencia en su contra. En este punto la legislación francesa ha dispuesto frente al tema un conjunto de medidas tendientes a garantizar los derechos de los procesados y las víctimas: la Ley 2000-516 del 15 de junio de 2000 establece que el órgano judicial puede ordenar la publicación de un escrito de rectificación cuando a una persona se le indilgue responsabilidad penal estando en curso una investigación, así como el pago de una multa cuando se exhiba una imagen de una persona involucrada en un proceso penal o se divulguen encuestas de opinión sobre su responsabilidad. La norma establece así protección frente a las personas esposadas para que no sean fotografiadas, y se autoriza a los fiscales para que presenten informaciones objetivas sobre la investigación (Barrero Ortega, 2001: 180-181).

Otro derecho que se ve vulnerado con esta forma de ejercicio de la actividad periodística es el derecho a un juez independiente e imparcial. Los sujetos procesales tienen derecho a un juicio libre de presiones externas que desequilibren la igualdad de armas en la contienda judicial, de tal forma que su intromisión genere un desequilibrio que llegue a afectar los intereses de la justicia. Roxin expresa que debe protegerse el proceso de la irrupción injustificada del medio de comunicación. Sin embargo, Barreto Ortega manifiesta, refiriéndose al caso español, que no existe una norma que castigue este comportamiento, aunque delimita el peligro en desequilibrio e injusticia. En tal sentido, en Europa existe conciencia

del problema y la Convención Europea de Derechos Humanos contempla en el artículo 6.1 que se puede restringir la publicidad de los juicios orales cuando “pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”. De igual manera, la Convención Americana de Derechos Humanos hace mención expresa de tal situación, manifestando: “El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

Independencia significa capacidad de obrar libremente sin que exista algún tipo de presión externa que ate al juez a tomar una decisión de acuerdo a los intereses ajenos al foro judicial. Esto implica la capacidad de obrar libremente teniendo como parámetro al derecho, a los hechos y a las pruebas. Para ello el juez debe tener un cargo estable, ser nombrado en propiedad y no en provisionalidad, eliminando toda política de transicionalidad en el cargo. Además, debe estar alejado de la política o de los intereses del gobernante de turno, en clara separación de los poderes públicos y sin ningún tipo de preocupación más allá del ejercicio de su responsabilidad. La imparcialidad termina siendo la consecuencia natural de la independencia, pues propende por el orden natural del ejercicio de la justicia; en otras palabras, el juez se torna objetivo, neutral y por lo tanto prudente en el ejercicio de su función: “administrar justicia” (sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, Sentencia de 5 de agosto de 2008: 7-20).

Para nuestro estudio, es evidente que cuando al operador judicial indirectamente es coaccionado por el comunicador por medio de programas televisivos o de otra índole en el que se debaten los medios de prueba de un juicio o sus decisiones judiciales, se puede menoscabar su derecho fundamental de independencia e imparcialidad. Por otra parte, cuando un funcionario del Estado decide cuestionar abiertamente una decisión judicial irrumpiendo inapropiadamente en el ejercicio de la administración de justicia, también se llega a esta situación. Particularmente, el caso se presentó en Colombia en el año 2003: el ministro de la época, Fernando Londoño, manifestó en un auditorio de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín que el entonces juez de ejecución de penas, Pedro José Suárez Vacca, había actuado de manera orquestada con la familia de los narcotraficantes Rodríguez Orejuela al proferir una decisión que los dejó en libertad por pena cumplida. Fuera de ello, expresó que el juez había formado parte del grupo de abogados que defendió a los capos en su oportunidad. El caso fue llevado ante

los tribunales y el juez constitucional obligó al ministro a retractarse de lo afirmado por vulnerar los derechos al honor y buen nombre del juez. Londoño accedió, pero no lo hizo debidamente, cosa que le originó un proceso disciplinario y su destitución (periódico *El Espectador*, www.elespectador.com octubre 2 de 2012, revisada el 20 de noviembre de 2014).

En Estados Unidos el tema de la independencia del juez y del jurado de conciencia está delimitado. Cuando se hace una campaña sensacionalista por parte del medio de comunicación antes de empezar el juicio y de escoger los jurados que analizarán la prueba de cargo, descargo y votarán la culpabilidad del acusado, las consecuencias para el procesado son nefastas, pues se difunde su situación ante la sociedad en general, con la finalidad de orientar la decisión judicial para que los posibles jurados encaminen su voluntad sobre el juicio de culpabilidad a la hora de la decisión. La sentencia que controla este tópico es *Nebraska Press Association vs. Stuart* (1976), la cual reconoce una tensión entre las garantías del procesado y el ejercicio de la libertad de prensa (Israel *et al.*, 2012: 981).

En este caso se identifica como principal problema la escogencia de los jurados para desarrollar el juicio, algo apenas lógico, pues si el jurado es conformado por personas que se encuentran influenciadas por los periódicos, radio y televisión debido a la difusión de las informaciones y opiniones sobre el caso, se estaría generando un grave prejuicio que traería como consecuencia la condena. Para evitar un juicio que careciera de independencia e imparcialidad, el tribunal en dicha jurisprudencia tomó las siguientes precauciones: “a) El cambio del lugar para la celebración del juicio en un sitio menos expuesto a la publicidad intensa. b.) Retrasar el juicio para permitir que se amainase la atención pública. c) Preguntar a los candidatos del jurado para eliminar a los que tuvieran ideas preestablecidas sobre la culpabilidad o inocencia” (Israel *et al.*, 2012: 982-983).

La solución más aconsejable es la última. En el caso *Skilling vs. Estados Unidos* (2010) se elaboraron cuestionarios que determinarían el grado de conocimiento sobre el caso y los procesados que pudiese tener el ciudadano a la hora de ser escogido como jurado, con la finalidad de respetar el derecho a un juicio justo, independiente e imparcial. Este era el caso del señor Jeffrey Skilling, persona involucrada con la quiebra de la compañía Enron, de la que fueran condenados varios de sus ejecutivos por delitos relacionados con *honest service* y “fraude electrónico”. Como la prensa del Estado de Houston hizo un cubrimiento especial

del juicio, se determinó efectuar una escogencia minuciosa de los ciudadanos que conformarían el jurado. De esta forma no se cambió de lugar el juicio y tampoco fue aplazado (Israel *et al.*, 2012: 985-991).

Sin embargo, en realidad el problema disminuye pero no se elimina. Piénsese en la cobertura del juicio en el que los camarógrafos constantemente están fotografiando a los testigos, al acusado y al jurado. En tales eventos las precauciones deben ser más fuertes: limitando el número de asistentes al juicio, prohibiendo la excesiva bulla que hagan los medios de comunicación en el recinto, separándolos, instruyendo al jurado para que no lea prensa o aislándolo durante el juicio.

Otra posibilidad que se puede plantear es que el medio de comunicación publique la confesión del procesado para que sea conocida por la sociedad, sin que haya existido juicio oral que determinase la culpabilidad del procesado. Esto se puede observar en el caso *Rideau vs. Louisiana* (1963). En tal situación los medios difundieron la confesión rendida por el acusado por medios televisivos antes del juicio oral; el acusado fue hallado culpable de todos los cargos formulados por la Fiscalía y se promovió un juicio que en realidad era una farsa, pues la transmisión televisiva vulneró el debido proceso. En estas eventualidades el procesado debe acreditar que existe un prejuicio indebido generado por el medio de comunicación que influye negativamente en el jurado.

El tema de la retransmisión de los juicios por medios electrónicos fue desarrollado en el Estado de Florida, en el que se hizo un experimento de transmitir los juicios por medios electrónicos. El tribunal debía encargarse de estudiar las imágenes y las fotografías y la forma de presentarlas en dichos medios. Tal iniciativa fue aprobada con el objetivo de afianzar la confianza de la sociedad en el sistema de justicia. Para tal efecto se limitó su retransmisión, bajo el entendido de cumplir con unas normas específicas que hicieran posible su cobertura. Sin embargo, el caso *Estes vs. Texas* (1962) había expresado que era perjudicial para los testigos, jurados y sujetos del proceso la intervención de las cámaras de televisión en el recinto judicial. Posteriormente, en el caso *Chandler vs. Florida* (1981) se consideró que no era así y que debía probarse el prejuicio que se originara con su transmisión (Israel *et al.*, 2012: 1028-1038).

Es evidente que en los Estados Unidos se requieren obligatoriamente estas medidas, pues el jurado es conformado por ciudadanos que pueden ser fácilmente coaccionados en el ejercicio de su función democrática. Por ello su protección

está encaminada a evitar perjuicios en contra de los intereses del procesado y, en especial, a realizar un juicio justo.

En Colombia se destaca el caso Cacique La Gaitana, en el que al parecer un conjunto de personas se hicieron pasar por miembros de las FARC y simularon hacer parte de un grupo denominado Cacique La Gaitana, con la finalidad de deponer sus armas y entregarse al gobierno para su reinserción. Actualmente el caso se encuentra en etapa de juzgamiento, pero lo interesante es que en este episodio se encuentra involucrado el ex comisionado de paz Luis Carlos Restrepo. Por el gran interés que existe en la cobertura de la noticia, la Corte Suprema de Justicia emitió un auto en el que expresa a los sujetos e intervinientes procesales la orden de no presentar a los procesados como culpables sin que hayan sido juzgados, así como no dar declaraciones ante los medios de comunicación antes de emitirse sentencia judicial. Por último, enfatiza en que puede restringirse la publicidad del proceso por motivos de interés a la justicia (auto emitido en el proceso 39293, del 31 de julio de 2012).

Resulta pertinente observar normativamente el problema desde nuestro Estado. Así las cosas, el principio de publicidad se encuentra regulado en la Constitución Nacional en el artículo 29, párrafo 4^o, 228^{II}, 250 numeral 4^{III}, como derecho fundamental que conforma el debido proceso. En la Ley 906 de 2004 es principio rector en el artículo 18^{IV} y posteriormente en los artículos 149 a 152^a ^V se desarrolla en atención a la publicidad de los procedimientos, de tal forma que se puede comprender que los problemas planteados en relación al principio de imparcialidad e independencia del operador judicial, así como el desconocimiento del derecho a la presunción de inocencia del inculpado y de la protección de los intereses tanto de las víctimas como de los testigos y peritos, se encuentran delimitados especialmente en lo atinente al objeto de estudio que está cifrado en la intervención de los medios de comunicación en el proceso penal, ya sea una intromisión ajena al principio de publicidad interno o viceversa.

En consecuencia, Colombia cuenta con la normatividad suficiente para restringir el uso excesivo de la libertad de expresión en aras de garantizar un juicio acorde con las exigencias internacionales. Sobre todo, el artículo 27 de la Ley 906, que habla de los moduladores de la actividad procesal. En tal sentido, en el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el

comportamiento, para evitar excesos contra la función pública, especialmente a la recta administración de justicia.

Es al juez al que le compete establecer reglas claras que protejan la integridad del juicio, anticipándose a los posibles prejuicios que se pueden materializar bajo la desmedida acción de los sujetos e intervinientes en el proceso penal. Si bien el punto no está en endilgarles comportamientos penales a los partícipes del proceso, sí está en obligarlos a comportarse de acuerdo al principio de lealtad, sancionándolos disciplinariamente cuando desborden el marco de su función. Ahora bien, cuando se exhiba por los medios de comunicación una entrevista o medio probatorio hacia la comunidad en general que no han sido confrontados en juicio oral, el juez debe decretar su inadmisibilidad acudiendo al artículo 176, literal a, que manifiesta: “que exista peligro de causar grave perjuicio indebido”. Este se origina cuando se afecta la imparcialidad del juez; en consecuencia, si el medio de prueba es de tal importancia que determina la culpabilidad del procesado y es ventilado antes de llegar a juicio por medios audiovisuales, radiales o de prensa, es evidente que influye en el ánimo de objetividad que debe tener el juez en el momento de ejercer su función. De acuerdo con esto, el medio probatorio no puede ser presentado en juicio, máxime cuando el adversario pretende sacar una ventaja que significa lograr una presión social sobre el proceso en el que actúa. Por otra parte, cuando los sujetos procesales ventilen las decisiones internas del proceso cuestionando la actividad judicial, el operador judicial debe ejercer las medidas correccionales pertinentes para garantizar el cabal orden del proceso. Por último, resulta indebida la intromisión de los poderes públicos en el ejercicio de la función judicial, pues no solo vulnera la imparcialidad e independencia del juez sino que se genera una responsabilidad disciplinaria por parte de quien actúa.

La fricción que existe entre el proceso penal y los medios de comunicación es evidente. En algunas oportunidades esta tensión es tratada de “extraordinaria gravedad”, máxime cuando son procesos judiciales que tienen repercusiones en el campo político y cuya decisión puede utilizarse con fines electorales. En este caso la influencia de la campaña de prensa puede afectar la imparcialidad subjetiva del juez, haciendo posible que su fallo no solamente repercuta injustificadamente en el procesado sino que se vea comprometida la democracia, pues se está utilizando al escenario judicial con fines diferentes a aquellos sobre los cuales fuera instituido. En tal sentido, el principal problema que se presenta es la afectación del

derecho del procesado a que se presuma su inocencia; el Estado tiene, entonces, el deber de actuar positivamente para evitar vulneraciones a su derecho fundamental frente a procesos que se encuentran pendientes de resolución en el marco de la objetividad (Bacigalupo, 2002: 142).

Bacigalupo, tomando como referencia el Código Civil Francés, en cuyo artículo 9.1 señala:

Quando una persona, antes de ser condenada, sea presentada como culpable de hechos que son objeto de una instrucción judicial, el juez puede, inclusive de oficio, ordenar la inserción de una rectificación o la difusión de un comunicado a los fines de hacer cesar el atentado a la presunción de inocencia, sin perjuicio de una acción de reparación de los daños sufridos y de otras medidas que puedan ser prescritas en aplicación del nuevo Código de Procedimiento de Civil y ello a cargo de la persona física o moral responsable del atentado a la presunción de inocencia,

Afirma que el derecho de presunción de inocencia tiene un efecto directo en el ejercicio de la actividad periodística debido a que no solo este derecho se esgrime contra la autoridad judicial y el Estado, sino que se puede hacer valer frente a la actividad informativa del medio de comunicación, pues asimila el poder que tiene este frente a la sociedad en relación con el poder del Estado en el momento de imponer una pena. De este modo el proceso se convierte en una forma de estigmatización social que instrumentaliza al procesado, teniendo como escena de su juzgamiento un foro diferente al que legalmente le corresponde.

Como ejemplo a su explicación, el autor toma dos programas televisivos: “Llamado de testigos” e “Invitación a juzgar”, presentados en Francia. El primero convoca a los ciudadanos a que participen con sus conocimientos técnicos en la solución de casos que están siendo investigados por la policía; en el segundo se invita a votar a los ciudadanos sobre la incidencia de un proceso penal que se transmite para que juzguen sobre los hechos y las pruebas. La Comisión de Justicia de Derechos Francesa propuso prohibir la convocatoria de testigos en el primer programa, así el juez de conocimiento no lo estimara conveniente, mientras que al segundo se le prohibió ejercer la elección sobre la culpabilidad o no de los procesados por parte de los ciudadanos (Bacigalupo, 2002: 143).

En Colombia el cubrimiento del juicio del proceso denominado Agroingreso Seguro hizo posible cuestionarse hasta qué punto se puede preguntar a la opinión pública las consecuencias que debe afrontar una persona en caso de verse

involucrada en el proceso penal, máxime cuando es ministro de Estado. La periodista Claudia López cuestionó la forma en que el periódico *El Tiempo*, en un foro abierto en la página El Tiempo.com, le preguntó a la ciudadanía si consideraba que el ministro de Agricultura debería renunciar, básicamente porque existían intereses que hacían que el medio de comunicación tomara partido con la finalidad de favorecer a terceras personas. Este cuestionamiento le costó su despido de la casa editorial en la que laboró, pues la había cuestionado en su columna de opinión (Caldas, 2013: 90).

Conclusiones

- El modelo de Estado social de derecho impone límites al ejercicio de la actividad punitiva del Estado y le otorga derechos fundamentales y garantías al ciudadano para que pueda defenderse del juicio de responsabilidad penal que plantea el Estado por medio del derecho. La legitimidad se alcanza solo en la carga argumentativa que se impone a quienes conforman el Estado. Al plasmarse la racionalidad y el humanismo en su desarrollo, es un sistema punitivo dignificante y por lo tanto humano. El proceso posee procedimientos democráticos que lo dotan de sentido, con la finalidad de permitir que los sujetos e intervinientes que participan allí tengan la posibilidad, en igualdad de armas, de oponerse frente al ejercicio de su pretensión. Por ello el proceso es democrático, pues siembra sus bases en el debido proceso y en la publicidad de sus actuaciones para otorgar seguridad a los ciudadanos y respeto a los partícipes de dicha actuación.
- La dogmática penal y el procedimiento penal conforman el debido proceso. Por tal razón, garantizan la imposición de la pena, dentro de un contexto de defensa de los derechos humanos sobre el que se racionaliza la fuerza del Estado. Esto gira en un juicio de proporcionalidad, en donde se limita el derecho fundamental de la libertad personal.
- El centro estructural del derecho procesal se encuentra en el respeto a la democracia como forma de Estado, lo que conlleva a comprenderlo como un procedimiento reglado, en donde los sujetos participan activamente bajo formas legales que permiten el ejercicio del discurso, delimitado en racionalidad y legitimidad. Esto permite que se acate el derecho no como elemento de

- fuerza, sino como respeto al consenso, porque el derecho penal no se concreta como pena, sino que la pena es la consecuencia del proceso racional que originó ese castigo. Anticipar el juicio de responsabilidad de los procesados en foros diversos al pertinente, desdibuja el sentido de comunicación que debe transmitir el Estado y al mismo tiempo lleva a la sociedad a ejercer respuestas mediáticas y desproporcionadas frente al proceso, el delito y la pena.
- En los procesos acusatorios o con tendencia acusatoria el principio de publicidad es una garantía secundaria que cumple la función de dar a conocer la forma en que el Estado cumple con las garantías primarias que permitan la judicialización de personas que cometan delitos, así como la absolución de los inocentes. Ello conlleva ejercer un control sobre el operador de justicia para que no se extralimite en el ejercicio de su cargo y al mismo tiempo para que los testigos que declaren en el juicio se vean obligados a decir la verdad frente al Estado y la opinión pública. Esto no sucede en los procesos inquisitivos, en donde la publicidad se vuelve un obstáculo para encontrar la verdad.
 - El principio de publicidad presenta una doble faceta: por un lado, internamente, tiene por objeto dar a conocer todas las actuaciones a los sujetos e intervinientes del proceso por parte del operador jurídico, lo cual permite que estos activen sus pretensiones, recurran efectivamente las decisiones proferidas y tengan la posibilidad de contar con una segunda instancia que les permita revisar su caso con imparcialidad y objetividad; por otra parte, el principio de publicidad externo se materializa cuando la sociedad entra al foro penal y observa la forma en que el Estado actúa frente a sus asociados. Así se establece como una garantía que pretende evitar abusos y al mismo tiempo propender a la independencia e imparcialidad del operador judicial; por ello puede ejercerse de forma directa cuando la sociedad asiste a las audiencias, pero también es indirecta cuando el medio de comunicación informa a la ciudadanía sobre este.
 - El ejercicio del principio de publicidad cumple funciones para el procesado, el Estado y la víctima. Para el primero, persigue la materialización de un juicio justo, independiente, imparcial y abierto a la sociedad que evite los abusos del Estado; para el segundo, la publicidad significa legitimidad, pues obra de cara a la sociedad, al mismo tiempo permite corroborar ante la sociedad que su actividad es eficaz, castigando a los responsables de las conductas

criminales y actuando respetuosamente en ejercicio del *ius puniendi* y por otra parte permite la materialización de la función preventiva general de la pena, pues envía el mensaje a la sociedad de que será castigada si comete conductas criminales determinadas en las normas legales vigentes; para la víctima, consiste en la materialización de su pretensión frente a la sociedad con la finalidad de que el Estado no genere situaciones de impunidad, vulnerando sus derechos de verdad, justicia y reparación.

- El papel de los medios de comunicación es fundamental en el ejercicio del derecho de libertad de expresión. Es indispensable para la democracia y para el proceso penal, pues controla la actividad del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*. A su vez, una indebida utilización genera peligros que entorpecen la labor de la administración de justicia, vulnerando el principio de independencia e imparcialidad del operador judicial, los derechos de buen nombre, presunción de inocencia, al debido proceso –entendido como juicio justo– y a la defensa como consecuencia.
- Los peligros de la mala utilización del principio de publicidad se concretan en: realizar juicios paralelos por los medios de comunicación en la prensa, televisión o radio antes del juicio oral legalmente establecido; tergiversar el lenguaje del derecho penal en la forma de informar la noticia; realizar juicios sobre la responsabilidad del procesado, dando a entender que es culpable, sin que exista juicio de responsabilidad que respalde su opinión; cuestionar las decisiones de la justicia utilizando un lenguaje inapropiado para dar a conocer su opinión, deslegitimando la administración de justicia; confundir la terminología jurídica de la información, desinformando; ejecutar un juicio anticipado, rotulando a los ciudadanos comprometidos en un proceso penal como sujetos buenos o malos, estigmatizándolos.
- También puede existir manipulación de la reserva de la investigación del proceso, lo cual pone en riesgo los derechos fundamentales del indiciado y al mismo tiempo la pretensión de esclarecimiento de la investigación si es publicada la información. En estos casos puede perderse, ocultarse o transformarse el material probatorio que sirva para hallar la verdad en la contienda judicial, influenciando en las decisiones judiciales con finalidades electorales, valorando los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas. De este modo se genera un juicio anticipado de

responsabilidad que vulnera los principio de imparcialidad e independencia de la función judicial.

- Al juez le compete establecer reglas claras que protejan la integridad del juicio, anticipándose a los posibles prejuicios que se pueden materializar bajo la desmedida acción de los sujetos e intervinientes en el proceso penal. Debe obligarlos a comportarse de acuerdo al principio de lealtad, sancionándolos disciplinariamente cuando desborden el marco de su función.
- Cuando los medios de comunicación exhiban una entrevista o medio probatorio que no ha sido confrontado en juicio oral, el juez debe decretar su inadmisibilidad acudiendo al artículo 176, literal a, que manifiesta: “que exista peligro de causar grave perjuicio indebido”. Este se origina cuando se afecta la imparcialidad del juez; en consecuencia, si el medio de prueba ventilado es de tal significación que llegue a afectar la culpabilidad del procesado, siendo esta la base fundante del juicio de responsabilidad en el evento de una sentencia judicial, y es puesto en consideración de la ciudadanía antes de llegar a juicio por medios audiovisuales, radiales o de prensa, es evidente que influye en el ánimo de objetividad que debe tener el juez en el momento de ejercer su función.
- El medio de comunicación no puede irrumpir de cualquier forma en el proceso, máxime como a lo largo de la investigación se han examinado los diferentes grados de responsabilidad que posee cuando hace un mal ejercicio de su derecho a la libertad de expresión en el cubrimiento de los procesos judiciales. Por una parte, debe rectificar la información incorrecta de la noticia, y así mismo puede enfrentar un juicio de responsabilidad penal por los delitos de injuria y calumnia cuando opina violentando el principio de inocencia, el honor y el buen nombre de las personas que se ven inmersas dentro de la actuación procesal. El límite al ejercicio de su derecho, entonces, no debe sobrepasar los derechos de aquellos que están debatiendo pretensiones judiciales, en las que deben tener la oportunidad de ofrecer sus argumentos en condiciones de igualdad y equilibrio.
- Resulta indebida la intromisión de los poderes públicos en el ejercicio de la función judicial, especialmente utilizando los medios de comunicación como instrumento para deslegitimar la función de administrar justicia. El camino para corregir este punto consiste en ejercer el derecho disciplinario como medio idóneo para evitar esta mala práctica.

EL EJERCICIO DE LOS ROLES EN EL PROCESO PENAL. EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS DE LOS SUJETOS PROCESALES Y LA MATERIALIZACIÓN DE LA PUBLICIDAD INTERNA DEL PROCESO

Así como el principio de publicidad en el proceso penal cumple unas finalidades que se concretan en beneficio de los sujetos e intervinientes y a su vez en la sociedad, resultaría imperioso concretar los derechos y garantías que estos tienen en el interior del proceso, para comprender la forma en que opera su comunicación dentro del sistema procesal penal. Ello permitiría entender la trascendencia que tienen los derechos y las garantías a la hora de transmitir informaciones que provienen del escenario judicial y, en especial, el cuidado que debe tener el comunicador al divulgarlas para no frustrar los derechos fundamentales de los participantes.

Ahora bien, el hecho de que los peligros descritos determinen situaciones que ocurren tanto al exterior como al interior del proceso hace pensar que se ha desnaturalizado la esencia de este. Si su traslado origina una reacción social que tienda a generar una presión en su interior para desequilibrar la imparcialidad del operador judicial, inevitablemente se desvirtuaría el cimiento filosófico para el que fue instituido y su finalidad democrática sería irrelevante. ¿Será que el medio de comunicación tiene el poder de irrumpir en el proceso judicial de naturaleza penal de cualquier forma? ¿Será que los sujetos e intervinientes procesales no tienen garantías para desarrollar sus derechos sustanciales en el proceso, de

manera que deben acudir a los medios de comunicación para que sea protegido su interés? ¿O tal vez el proceso penal no cuenta con una normatividad que les dé peso a las pretensiones de los sujetos procesales, que deben hacerlas públicas sin desarrollar los canales procesales específicos para ellos? Estos interrogantes se pueden dilucidar describiendo el papel de los derechos y las garantías de los sujetos e intervinientes en el proceso penal, con la finalidad de demostrar que estos cuentan con los canales efectivos de comunicación creados por el legislador y que el medio de comunicación puede llegar a vulnerar sus derechos al informar situaciones que son propias del proceso o al opinar con relación a situaciones que ponen en desequilibrio los derechos de los sujetos o intervinientes procesales o al sustituir las competencias propias de los funcionarios judiciales.

Es evidente, frente al primer cuestionamiento, que el medio de comunicación no puede irrumpir de cualquier forma en el proceso, tal como fuera expuesto en los capítulos anteriores y especialmente en una de las conclusiones del tercero. Pero con relación a las otras preguntas es preciso determinar que el proceso les da derechos y garantías que hacen posible un ejercicio de acuerdo a los procedimientos legales. En consecuencia, es una mala práctica acudir a los medios de comunicación para filtrar la información, para generar desequilibrio o perjudicar los derechos fundamentales de aquellos que van a ser llevados a juicio o también desmejorando la posición de la víctima. Cosa diferente es que en el interior del proceso se presenten irregularidades de tal entidad que al sujeto procesal no le toque más que denunciarlas a los medios de comunicación para que este ejerza una actividad de control sobre la actividad del Estado, que en últimas es la real finalidad del principio de publicidad: evitar excesos en la no investigación de proceso, generando impunidad o desconociendo las garantías de los sujetos procesales en su desarrollo. La función del comunicación no se concreta en hacer un juicio mediático o paralelo, pero sí en ejercer una vigilancia en el ejercicio de la actividad de la función pública y, en este caso específico, de la administración de justicia.

El papel de los derechos (derechos fundamentales y garantías) en el proceso penal

Así como la cláusula del Estado social de derecho se instituye bajo las características descritas, su principal singularidad se encuentra implícita en el reconocimiento de derechos de diferente índole (derechos individuales, derechos

colectivos, derechos democráticos), dentro de los cuales se determinan procedimientos específicos para su efectivización. La Carta Constitucional se torna, pues, en un instrumento material que hace posible que las personas (naturales y jurídicas) y las instituciones las puedan oponer frente a terceros. Ello concreta la materialidad de la Constitución, ya que no se requiere acudir a una norma de menor rango para hacer efectivo un derecho, sino que basta invocar el mismo texto constitucional para que se garanticen los derechos de los ciudadanos.

Pero si lo genuino de la Carta Constitucional se encuentra establecido en el reconocimiento de los derechos, estos tendrán una función primordial sin la cual el Estado no podrá operar, pues son la base fundamental sobre la que parte toda relación jurídica entre Estado y ciudadano y entre ciudadanos. Ese mínimo de derechos establecidos en la Carta Constitucional es inderogable, haciendo posible que de estos surja el fundamento de respeto sobre la persona y al mismo tiempo el fundamento ético sobre el cual se materialice la actividad estatal. Los poderes ejecutivo, legislativo y judicial se encuentran sometidos al respeto de los derechos fundamentales, lo que determina un comportamiento ético por parte del Estado que haga posible que su intervención frente a la protección y garantía de los derechos constitucionalmente reconocidos se concrete en el respeto a la dignidad humana como elemento integrador de estos. Al mismo tiempo, dicha intervención debe estar delimitada (reglada) en la ley, estableciendo un procedimiento específico que determine la forma en que se va a intervenir un derecho fundamental. A ello se le conoce con el nombre de cláusula de reserva legal. (Malarino, 2012; Riso Ferrand, 2011).

Si se parte de la base de que del reconocimiento de los derechos fundamentales surge la concretización de la actividad estatal, se tiene forzosamente que comprender que ellos deben ser respetados al máximo y al mismo tiempo ser intervenidos de manera exigua, de manera que se desarrollen con la mínima intervención estatal y puedan ser gozados por aquellos a quienes les pertenecen. Es así como, en el campo penal, al órgano legislativo no le está permitido intervenir un derecho fundamental de forma desproporcionada, irracional y desigualitaria, lo que plantea la necesidad de justificar de manera profunda y estricta la razón por la cual va a intervenir un derecho. Sin embargo, al mismo tiempo al órgano judicial le compete la vigilancia y respeto por la salvaguarda de los derechos fundamentales, de tal forma que debe inspeccionar la forma como el Estado interviene al

derecho fundamental. Tal constatación debe hacerla frente a la norma legal que habilita la intervención del derecho fundamental y la norma constitucional e internacional que determina su aplicación. A ello se le denomina reserva judicial y se constituye como medio de verificación de la intervención estatal con relación al derecho fundamental de un ciudadano.

La consecuencia que se origina de un procedimiento ilegítimo por parte del Estado se concreta en la ilegalidad o ilicitud del procedimiento estatal, lo que origina una sanción a este y, de igual forma, la exclusión de los elementos materiales probatorios y evidencia física que se lograre obtener con la vulneración de los derechos fundamentales. También se pueden presentar ilegalidades e ilicitudes en la forma de desarrollar el debido proceso, que se castigarían por medio de la nulidad, de tal forma que no se deba ni realizar la actividad investigativa de cualquier forma ni judicializar a un ciudadano a cualquier precio (Guerrero Peralta, 2011^a).

Así las cosas, los derechos fundamentales pueden tener diferentes aplicaciones con relación al ejercicio de la actividad estatal, por lo que es genuino entrar a establecer su significado. Pues bien, los derechos fundamentales son normas de garantías reforzadas, es decir, se encuentran establecidas en textos constitucionales que les reconocen un estatus normativo y superior en el momento de su aplicación. Esto les atribuye un valor adicional, que algunos autores (Chinchilla, 2009; Bernal Pulido, 2005^a; Arango Rivadeneira, 2004) consideran como cartas de triunfo, en el entendido de que ellas se pueden oponer frente al Estado y a los particulares, debiéndose salvaguardar el derecho fundamental de un posible ataque. Es así como del respeto al derecho fundamental se parte toda relación jurídica (Chinchilla, 2009; García Amado, 1999).

Aunado a la anterior explicación sobre los derechos fundamentales, es importante hacer mención a la teoría de los derechos innominados, la cual tiene su fundamento histórico-jurídico en la IX enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América de 18 de diciembre de 1791. En ella se establece que la enunciación directa en el texto constitucional de derechos fundamentales no podrá entenderse como negación de derechos en cabeza de las personas que no estén expresamente reconocidos. En la Constitución colombiana esta teoría es recogida en el artículo 94 constitucional en los siguientes términos “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo

inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Sobre este aspecto, el profesor Quinche Ramírez expresa:

la teoría de los “derechos innominados”, planteada por la Corte, que entiende la existencia de otros derechos, que comparten las características de los derechos fundamentales enunciados directamente en la Constitución, y que “se desprenden de otros derechos y valores constitucionales”, al tiempo que da los siguientes ejemplos de derechos innominados reconocidos por vía jurisprudencial por la Corte Constitucional: el derecho a la filiación real; el derecho al retorno; aplicable especialmente en el caso de los desplazados; el derecho a comunicarse; los derechos a la verdad y justicia, desarrollados desde los principios y valores constitucionales y desde la recepción de las decisiones del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el derecho al olvido, aplicable en casos relacionados con habeas data, entre otros (Quinche Ramírez, 2009: 163-190).

Por ello las características de los derechos fundamentales se concretan en ser mandatos de optimización del derecho. Son normas de alto contenido ético que, debido a su importancia para el desarrollo de los Estados, han sido positivadas en múltiples tratados internacionales, dotándolas así de fuerza normativa de tal forma que su reconocimiento y eventual vulneración puedan ser exigibles y justiciables. Además, limitan la actividad del Estado en los órdenes administrativo, legislativo y judicial, proponiendo interpretaciones justas con relación a la forma en que esta actúa consigo misma y con la institucionalidad. Aparte de ello, son normas que presentan una textura abierta del derecho, lo que implica que frente a un derecho fundamental se pueden llegar a presentar diferentes casos, sobre los cuales pueden existir diversas interpretaciones. Esto conlleva inevitablemente a que el operador jurídico tenga la necesidad de escoger la interpretación más correcta frente al caso que se esté solucionando. Por otra parte, son normas que se pueden oponer frente a terceros, lo que significa que pueden exigirse jurisdiccionalmente. Por lo tanto, su sentido comunicativo determina un especial grado de concretización que vuelve significativas y oponibles a las normas como característica de un derecho; por ello, autores como Ferrajoli los entienden como derechos subjetivados y, por último, como normas inderogables (Ferrajoli, 2006).

Cabe anotar que los derechos humanos son derechos fundamentales, pero que por su característica histórica han presentado una carga moral sobre el ejercicio de la actividad estatal. Han sido considerados como mínimos éticos que generan

una interpretación axiológica frente a la actividad del Estado con relación al trato con los ciudadanos (Nino, 1989; Rey Cantor, 2012). La dificultad que presenta la denominación de derechos humanos radica en el efecto que produce dentro de los sistemas jurídicos. Así las cosas, aunque los derechos humanos se determinan como normas declarativas y reconocidas por los Estados, las normas que contemplan los derechos humanos no han generado una fuerza vinculante suficiente que determine su materialización; por ello es que la palabra “derecho fundamental” se ha enervado como una norma expedita, que constituye un derecho subjetivo y que delimita la posibilidad de ser oponible frente a terceros, haciendo posible su exigibilidad ante la jurisdicción interna.

Ahora bien, resulta pertinente manifestar que las normas que reconocen derechos humanos a partir de la entrada en vigencia de tratados internacionales cuentan en su gran mayoría con órganos internacionales, por lo general tribunales creados para hacer seguimiento al cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados al hacerse parte del tratado. En los casos en que este órgano se encuentre revestido por competencias jurisdiccionales o contenciosas, es posible que las víctimas de violaciones de estos derechos eleven sus casos ante la jurisdicción internacional y obtengan como respuesta un pronunciamiento judicial que absuelva o condene al Estado y repare e indemnice sus derechos. Este proceso de “constitucionalización del derecho internacional” (Quinche Ramírez, 2009) ha permitido que en la actualidad las normas de derechos humanos se exijan judicialmente en las jurisdicciones internas de los Estados antes de acudir a la jurisdicción internacional. Así siguen el principio de subsidiariedad que activa dicha jurisdicción, debido a la adhesión o ratificación a los tratados internacionales de derechos humanos por parte del Estado, toda vez que su incorporación como normas que conforman el bloque de constitucionalidad hacen que tomen el nombre de normas de jerarquía constitucional, además de parámetro de constitucionalidad de las leyes que pueden exigirse frente a cualquier autoridad judicial del Estado. En el mismo sentido, la crítica que se hace desde la comunidad internacional radica en observar cuál es el grado de cumplimiento del Estado sobre las obligaciones contraídas y contenidas en los tratados de derechos humanos y, de forma específica, sobre las decisiones proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (Ayala Corao, 2007).

Aunado a lo anterior, los derechos fundamentales son normas jurídicas, no solo en su estructura, que se materializan como prescripciones del lenguaje que determinan derechos y obligaciones. En palabras de Hart (1961), se consideran como una norma primaria, pues habilitan derechos y obligaciones que se pueden comprender como elementos vinculantes de la vida jurídica. Según Dworkin (2007), por otro lado, pueden ser comprendidos como principios, pues corresponden a aquellas normas que por su contenido ético determinan formas correctas de interpretación del derecho y al mismo tiempo se encuentran delimitadas como normas de textura abierta del derecho, lo que hace posible que sobre ellas existan multiplicidad de situaciones que pueden llegar a ser sopesadas frente a cada caso en particular por el juez. Así, se determinan como normas que contienen casos difíciles en su aplicación. Robert Alexy (2007, 2003 y 2001), por su parte, los toma como mandatos de optimización de los sistemas jurídicos, lo que se puede traducir como mínimos éticos que delimitan la actividad legislativa y judicial, proponiendo parámetros de corrección del derecho que sirven de base para dar soluciones justas y argumentadas frente a problemas sociales.

Frente a estas consideraciones, ¿se puede determinar que un derecho fundamental es una garantía? ¿O que las garantías tienen una significación diferente a la de un derecho fundamental? Es necesario decir que, aunque llegan al mismo punto, en el entendido de que son normas de garantía reforzada, tienen una diferencia fundamental: las garantías son normas que limitan y delimitan deberes estatales, pues conllevan como sujeto activo de la salvaguarda del derecho un procedimiento legal establecido sobre el cual el Estado debe actuar, otorgando todos los mecanismos que sirvan de base para efectivizar los derechos. También son considerados como límites al ejercicio de la actividad estatal o como “normas que amparan a los ciudadanos frente al poder de persecución penal” (Guerrero Peralta, 2011^a).

Con relación al tema es necesario describir algunos apartes expresados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos tanto en opiniones consultivas como en sus decisiones jurisdiccionales. La Opinión Consultiva 8 del 30 de enero de 1987 establece:

Las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su

ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia [...]

El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros [...].

De igual forma, en la Opinión Consultiva 9 del 6 de octubre de 1987, frente al artículo 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, expresa que:

Este artículo, cuya interpretación ha sido solicitada expresamente, es denominado por la Convención “Garantías Judiciales”, lo cual puede inducir a confusión porque en ella no se consagra un medio de esa naturaleza en sentido estricto. En efecto, el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención [...].

Este artículo 8 reconoce el llamado “debido proceso legal”, que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. Esta conclusión se confirma con el sentido que el artículo 46.2.a) da a esa misma expresión, al establecer que el deber de interponer y agotar los recursos de jurisdicción interna, no es aplicable cuando no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados.

En la Opinión Consultiva 16 de octubre de 1999 se determina:

En opinión de esta Corte, para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del

•El ejercicio de los roles en el proceso penal•

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional [...].

En este orden de consideraciones, la Corte ha dicho que los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales, “sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho” y son “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.

Por último, en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, del 2 de julio de 2004, se deja entrever que el concepto de garantía determina un deber del Estado y genera responsabilidad:

Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados. El artículo 8 de la Convención establece, con referencia a las actuaciones y omisiones de los órganos judiciales internos, los alcances del mencionado principio de generación de responsabilidad por los actos de todos los órganos del Estado.

Los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas [...].

En relación con el proceso penal, es menester señalar que la Corte, al referirse a las garantías judiciales, también conocidas como garantías procesales, ha establecido que para que en un proceso existan verdaderamente dichas garantías, conforme a las disposiciones del artículo 8 de la Convención, es preciso que se observen todos los requisitos que “sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”.

Ahora bien, con la finalidad de enriquecer el concepto de garantía, se puede acudir al profesor Ferrajoli (2006), quien la define con la siguiente expresión:

Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el procedimiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y por tanto para posibi-

litar la máxima eficacia de los derechos fundamentales para cuya tutela o satisfacción han sido previstas: las garantías liberales, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o anulación de los actos prohibidos que las violan; las garantías sociales, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas necesarias que las satisfacen.

Así las cosas, las garantías son normas que establecen deberes para el Estado y al mismo tiempo consagran derechos que se consideran como fundamentales para el ciudadano. En materia procesal penal se ha entendido a este tipo de normas como debido proceso legal, atendiendo a que estas son procedimientos necesarios para el juzgamiento de los ciudadanos, cuya fuente es sustancial, pero su materialización debe ser estrictamente procesal.

A la luz de lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el concepto de garantía va mucho más allá: conlleva una clasificación que resulta importante en la medida en que destaca una serie de garantías que no puedan ser desconocidas en tiempo de estados de excepción por parte de los Estados y cuya inoperatividad hace imposible materializar un juicio legítimo de responsabilidad penal. En tal sentido se ha expresado que existen derechos que deben ser reconocidos por los Estados en todo momento y que por lo tanto se materializan en garantías indispensables cuya aplicación no se puede suspender en ningún momento. Ello en cuanto al sentido de excepcionalidad, afirmando concretamente aquellas consignadas en los artículos 7.6 y 25.1 y las del artículo 27.2, de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esto significa que dichas garantías son indispensables para la preservación de las sociedades democráticas y, como consecuencia de ello, de los Estados de derecho, los cuales están íntimamente ligados a una tríada que une la forma legítima de actuación estatal o, en palabras de la Corte: “En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros” (Opinión consultiva 8 del 30 de enero de 1987).

Cabe consignar que en un Estado de derecho no puede suspenderse ningún tipo de garantía cuando no se esté bajo las circunstancias establecidas en el artículo 27.1 de la Convención, lo que para el Estado colombiano se traduce en el deber de respetar todas y cada una de ellas en el desarrollo de los procesos penales que

se concretan diariamente; específicamente, el cumplimiento de las obligaciones de los artículos 1.1 y 2 frente a los derechos reconocidos en la Convención. Por ello es deber de los jueces de control de garantías realizar un control de legalidad y convencionalidad sobre los actos de investigación a fin de determinar si existen vulneraciones sobre procedimientos (garantías) o sobre derechos fundamentales en el ejercicio del *ius puniendi*. Para la defensa, por su parte, es imperioso velar por la verificación y exigibilidad de estas en favor del procesado.

Así pues, en el Estado colombiano la regulación de los estados de excepción se encuentra contenida en la Ley 137 de 1994, que remite de manera directa al artículo 27 sobre la suspensión de garantías de acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al tiempo que invoca el artículo 29.b del mismo instrumento para aclarar que “ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra Convención”.

Este concepto de garantía se puede comprender en igual sentido con relación a la Convención Europea de Derechos Humanos, la cual determina garantías básicas que deben ser reconocidas por parte de los Estados al desarrollar la persecución, investigación y juzgamiento de actos de naturaleza penal. Se destacan como garantías el plazo razonable; el derecho al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas que soporten las diferentes peticiones que haga el Ministerio Público (acusador), bajo el entendido de concretar el principio de igualdad de armas; el derecho a la información; el derecho a un debido proceso legal que garantice la libertad y la integridad personal; el derecho a guardar silencio; la presunción de inocencia; el derecho por parte del acusado a interrogar a los testigos en el juicio y a quien lo acusa, en pocas palabras, el derecho a su defensa técnica y material. De esta manera los Estados no pueden sobrepasar su poder sobre el acusado, sino que los dos están en igualdad de condiciones, igualdad de trato, para lograr el cometido del proceso, que no es otro que desarrollar una verdadera adversariedad, basada en la imparcialidad. (Ambos, 2005).

A modo de conclusión, los derechos fundamentales y garantías son normas de garantía reforzada. Tienen un ámbito de aplicación extendido en el proceso penal, como derechos sustanciales y al mismo tiempo como procedimientos establecidos para ejercer la potestad punitiva del Estado, para la persona humana y

también para el tipo o modelo de Estado que se establece en la carta política, que pueden hacerse exigibles durante el desarrollo del *ius puniendi* en sus tres fases: indagación, investigación y juzgamiento. Lo anterior tiene una íntima relación con la manera como el Estado desarrolla su actividad investigativa y la forma como se materializan los actos procesales: en la primera el Estado se compromete a actuar legítimamente, lo que a su vez significa que este debe investigar sin vulnerar derechos fundamentales, garantizando la legalidad de sus actos por parte de su aparato instructor y revisando los actos del acusador por vía de la reserva judicial; por otra parte, frente al proceso como tal, cada audiencia está revestida de unas formas que no pueden sobrepasar garantías legales sobre las cuales versa la finalidad de cada audiencia judicial. Con ello se concreta el respeto a la persona en sus derechos y las garantías al Estado de derecho y a la democracia.

Campos de aplicación de los derechos fundamentales y garantías en el sistema penal acusatorio

Con la entrada en vigencia del acto legislativo 03 de 2002 se instituyó el proceso penal acusatorio en Colombia, con el cual se pretendía (Sentencia C 591 del 2005):

- Fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de esta en el recaudo de la prueba.
- Establecimiento de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado.
- Instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica.
- Descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, y de esta forma garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas.
- Modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de esta, durante el juicio oral.
- Introducir el principio de oportunidad.
- Crear la figura del juez de control de garantías.

Desde el punto de vista de la revisión de constitucionalidad de la Ley 906 de 2004, referenciada en la sentencia de constitucionalidad C 591 del 2005, este proceso se caracteriza por:

•El ejercicio de los roles en el proceso penal•

- Pretender la protección de las garantías fundamentales, la definición de la verdad, la justicia, los derechos de las víctimas.
- La afectación de derechos fundamentales de la víctima por parte de la Fiscalía tendrían control judicial. Existiría equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado, con la ponderación de intereses para lograr la menor afectación de los derechos fundamentales.
- No es un sistema totalmente adversarial, pues el juez no es un mero árbitro, no solo es un regulador de las formas, sino que busca la aplicación de la justicia material y la protección de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado y de la víctima (derecho a la verdad, justicia y reparación integral). También participan en el proceso el Ministerio Público y la víctima.
- La Fiscalía sigue siendo parte de la rama judicial.
- Los conceptos de autonomía y jerarquía para los fiscales en el sistema acusatorio deben definirse legalmente.
- Frente a las partes e intervinientes, el fiscal es el titular de la acción penal, y solicita al juez de control de garantías las medidas necesarias para la comparecencia de los imputados al proceso (única excepción: captura por orden del fiscal con control posterior).

Podemos entender este sistema como un proceso de roles, en el cual los derechos y las garantías de los sujetos procesales e intervinientes varían según la pretensión que tiene cada actor dentro de este. El marco normativo de nuestro sistema penal (Ley 906 de 2004) refleja como componente integrador de su normatividad a la legislación internacional, en especial aquellos tratados de derechos humanos que por su naturaleza pretenden proteger los derechos y garantías de los ciudadanos en el proceso penal. Así las cosas, el bloque de constitucionalidad^{VI} no solo se refleja en el artículo 93 constitucional, sino que, aparte de este, existe una remisión expresa establecida en el artículo 3° de la Ley 906 de 2004. De este modo podemos comprender este sistema normativo como un conjunto de normas que legal y constitucionalmente se encuentran ligadas al Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, lo que conlleva a interpretarlo a la luz del mejor estándar de garantías, establecido tanto nacional como internacionalmente y acogiendo a los principios de los derechos humanos. Por ejemplo, es posible servirse de los principios: *pro homine*, *pro libertatis*, plazo razonable, pro víctima, trato diferencial, derecho a una doble instancia y a un recurso judicial efectivo,

el control de reserva legal y reserva judicial de las actuaciones del Estado en el momento de interferir en los derechos humanos de los ciudadanos, entre otros (Arias Duque, 2006: 3-62).

Derechos y garantías de cada sujeto procesal

De acuerdo a lo referido, las garantías y los derechos fundamentales se encuentran inmersos en todo el ejercicio del *ius puniendi*, es decir, en la indagación, la investigación y el juzgamiento de actos de naturaleza penal. Dentro de estos tres campos se estipulan formas y procedimientos reglados que determinan la manera en que deben concretarse, reconocerse, protegerse y garantizarse de oficio los derechos. En caso de no hacerlo, la persona cuenta con los medios judiciales para exigirlos, por medio de las normas jurídicas aplicables y de los tratados internacionales que regulan la actividad estatal. A lo largo del desarrollo del proceso, las normas que conforman el bloque de constitucionalidad componen el sistema jurídico aplicable tanto en la etapa de indagación e investigación como en cada una de las audiencias que se desarrollan en el proceso: desde las audiencias preliminares que cumplen la función de proteger las garantías y derechos fundamentales con relación a los actos de investigación, de comunicación o de restricción de derechos y las audiencias propias de la etapa de juicio (acusación, preparatoria, juicio oral, lectura de fallo e incidente de reparación integral) hasta aquellas que determinan procedimientos abreviados para dar por terminado anticipadamente el proceso penal.

Ahora bien, se puede colegir que cada uno de los principios que concretan el proceso penal con tendencia acusatoria son deberes de protección que tiene que respetar el Estado para poder judicializar a un ciudadano. Dichos principios son: ejercicio de investigación oficiosa, igualdad de armas, acusatorio, concentración, intermediación, oralidad, congruencia, contradicción, defensa técnica y material, publicidad, celeridad, eficacia, lealtad, juez natural, oportunidad, presunción de inocencia, cosa juzgada, *non bis in idem*, más aquellos consignados en el artículo 29 constitucional (debido proceso), y los enunciados en las normas internacionales como los artículos: 8º, 9º, 25 y 27, entre otros, del Pacto de San José de Costa Rica; 2, 7, 10, y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También cabe mencionar la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las

víctimas de delitos y del abuso de poder, el código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, y otras normatividades sobre las que el Estado Colombiano ha reconocido su aceptación y vinculación. Todas estas son garantías que posee el ciudadano frente al ejercicio de la acción penal y al mismo tiempo constituyen derechos fundamentales que funcionan como garantías reforzadas, guardando la característica de exigibilidad frente a cualquier autoridad judicial en el Estado colombiano. La interpretación de estas debe aplicarse conforme a los principios de los derechos humanos, tales como: *pro homine*, *pro libertatis*, plazo razonable, pro víctima, trato diferencial, recurso judicial efectivo, control de reserva legal y reserva judicial de las actuaciones del Estado en el momento de interferir en los derechos humanos de los ciudadanos. Estos principios se convierten al mismo tiempo en garantías en razón del compromiso del Estado por reconocerlos y en derechos fundamentales por su naturaleza de exigibilidad y subjetividad, todo ello teniendo como marco de referencia el modelo de Estado social democrático de derecho.

A partir de las características del proceso penal acusatorio se determinan las actuaciones de los sujetos procesales en el ejercicio del derecho penal. Cada uno de ellos tiene una forma de participación frente al ejercicio de la acción penal y al mismo tiempo deben comportarse de acuerdo al rol que determina su actividad, de tal forma que el ejercicio del acto procesal respete los procedimientos reglados con la finalidad de cumplir con la preservación del Estado democrático. En otras palabras, los sujetos procesales tienen la garantía estatal para actuar bajo procedimientos legales que delimiten su participación en el proceso, pero al mismo tiempo cuentan con derechos que pueden ser exigibles frente a la autoridad judicial en el momento en que sean desconocidos con relación al derecho sustancial o procesal, de acuerdo con las normas legales establecidas, en coherencia con su relación persona-Estado.

El operador jurídico debe realizar un juicio de ponderación de derechos fundamentales que los delimite por encontrarse en pugna, teniendo especial cuidado en determinar el caso concreto sobre el que estos principios se encuentran en tensión y estableciendo los argumentos que presenten un peso específico para poderse individualizar. Por ello tiene la obligación de realizar un ejercicio de peso tanto de los argumentos como de las consecuencias que se expresan ante el modelo de Estado, de tal modo que su decisión sea metodológica frente al ejercicio

de la función jurisdiccional. Específicamente, debe ejercer el *ius puniendi* respetando los derechos que le asisten al procesado, principalmente los inmersos en las garantías judiciales contenidas en el debido proceso y el derecho a tener un recurso adecuado y efectivo.

Es pertinente expresar que este tipo de normas tienen mandato de optimización, lo que trae como consecuencia que ellas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan que algo debe efectuarse dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes (Bernal Pulido, 2005b). Así las cosas, en el ejercicio del derecho penal como procedimiento, los sujetos procesales deben argumentar los derechos fundamentales que se encuentran vulnerados frente al caso en concreto, su posición como sujetos procesales con relación a la finalidad del sistema y con el modelo de Estado social de derecho. Ello no solo implica delimitar normativamente el escenario procesal vigente, sino que además este debe concretar la manera en que tales derechos se vean afectados como garantías procesales en caso de que el Estado desconozca su deber de protección.

Desde otra perspectiva, los derechos fundamentales y las garantías se encuentran íntimamente ligadas a la forma como el acusador desarrolla su actividad instructiva, bajo el entendido de límite y delimitación del poder estatal. Esto determina formas regladas de intervención de los derechos fundamentales de aquellos que son investigados. Así el Estado cuenta con la potestad de intervenir en la intimidad, el buen nombre, la información, la libertad, la integridad personal, el *habeas data*, la inviolabilidad de domicilio, la limitación al derecho de propiedad y la confidencialidad, derechos que pueden ser interferidos cuando se está frente a la investigación de un proceso penal que vulnere los derechos fundamentales de la víctima por la transgresión de un bien jurídico tutelado. En este caso se debe realizar un test de proporcionalidad, un test de igualdad y un test de razonabilidad (este último se encuentra íntimamente ligado a la aplicación del principio de igualdad y al de proporcionalidad), con la finalidad de limitar en la menor medida posible el derecho fundamental en el ejercicio de investigación (Londoño Ayala, 2012).

Debe recordarse que el Estado puede limitar un derecho fundamental, siempre y cuando su vulneración sea lo más mínima posible con la finalidad de lograr el objetivo del ejercicio del *ius puniendi*. En cada caso en particular es preciso fundamentar las razones pertinentes para limitar el derecho fundamental, de tal manera

que se logre determinar que no existe otro camino más expedito para lograr el cometido del proceso. Así mismo, se pretende que esta medida restrictiva de un derecho fundamental sea consustancial frente al fin propuesto; esto implica que no se transgredan valores y principios de mayor importancia para lograr el fin propuesto. A ello se le denomina test de proporcionalidad (sentencias C 591 de 2005, C 822 de 2005 y C 1198 de 2008; Bernal Pulido, 2005b; Stone y Mathews, 2013).

Por otra parte, el derecho de igualdad de trato ante la ley e igualdad en la ley se concreta en el deber del Estado de tratar a los asociados en igual forma y se materializa en cuatro tipos de casos: trato igual a personas iguales, trato desigual a personas desiguales, trato paritario a personas que poseen la misma situación pero sobre las cuales hay más coincidencias que diferencias (a este caso se le denomina prohibición de discriminación) y trato diferenciado frente a personas que presentan igual situación, pero sobre las cuales hay más diferencias que similitudes (este caso se denomina deber de protección o de promoción).

En el primer caso el operador judicial se encuentra frente a un caso fácil. Ello resulta importante frente al desarrollo del proceso penal pues el sujeto procesal debe hacerle ver al operador que el caso que pretende resolver solo tiene una interpretación y no admite más posibilidades. En los dos últimos casos, en cambio, el operador se enfrenta a la dificultad de tener diversas interpretaciones para concretar la zona de penumbra de la norma que pretenda aplicar. Allí el sujeto procesal debe ser fuerte en la materialización de la carga argumentativa para convencer al operador jurídico de que su interpretación es la más apropiada frente al caso que pretende resolver (Bernal Pulido, 2005b; Borrero, 2002).

Ahora bien, frente al test de igualdad el profesor Bernal Pulido señala los dos procedimientos abordados por la Corte Constitucional: el primero acoge la fórmula del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Constitucional Alemán, en la que se propone un test que sigue los pasos descritos para el desarrollo de test de proporcionalidad, o sea, juicio de idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Previamente, en este caso, debe realizarse un juicio de razonabilidad que se delimita en tres etapas: “A. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual. B. Validez de ese objetivo a la luz de la Constitución. C. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido” (Sentencia C 022 de 1996).

El segundo procedimiento del test de proporcionalidad toma como referencia lo establecido por la Suprema Corte de los EE.UU., que emplea tres modelos de test: débil, estricto y moderado. En el débil, para que un acto pueda ser considerado como constitucional, se requiere que el trato diferente sea adecuado para alcanzar un propósito legítimo y que este no se encuentre prohibido por el ordenamiento jurídico (Sentencia C 093 de 2001). Este postulado es el más común en su aplicación. El test estricto de igualdad es de aplicación excepcional, surge frente al trato diferenciado y se aplica a tipos de sociedades discriminadas en razón de su raza, sexo, condición social, edad o minusvalía, entre otras. Pretende materializar una función de protección especial por parte del Estado. En estos casos la finalidad es constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, siendo esta indispensable, siempre y cuando el argumento sea lo suficientemente fuerte para obtener dicho objetivo, o de lo contrario se mantendría el trato diferencial (Bernal Pulido, 2005a).

Finalmente, el test moderado se sitúa entre el test de igualdad estricto y el débil. Se aplica en casos en los cuales se pretenda proteger a grupos o individuos tradicionalmente desfavorecidos y así llegar a una igualdad real. En estos tres eventos (test moderado, estricto y débil) se aplica dicho test, que posteriormente fuera transformado por la Corte Constitucional adoptando una nueva postura. Así se pretendió tomar lo positivo de los otros dos modelos, pretendiendo llegar a lo que se denomina como test integrado de igualdad. Este se compone de tres juicios: el juicio que determina el tipo de escrutinio o, en otros términos, cuál es el tipo de nivel por aplicar, es decir, si es estricto o débil, dependiendo de la naturaleza de cada caso; por otra parte, el juicio de adecuación, que desarrolla la idoneidad de la aplicación, dependiendo del nivel de test, ya sea estricto o débil; y finalmente, el juicio de indispensabilidad, que hace alusión al grado de importancia y operatividad de la medida, dependiendo del tipo de escrutinio, ya sea estricto o débil.

Cabe expresar que el test de igualdad se puede emplear con relación al ejercicio legislativo por la aplicación de los actos de la administración y por la aplicación de las normas en cabeza de las autoridades judiciales. Siempre que exista un trato discriminatorio estaremos sometidos a la aplicación del test, dependiendo de cada tipo de situación. De este modo el operador jurídico se ve obligado a aplicarlo cuando exista menoscabo al derecho fundamental de igualdad.

Otra arista sobre la que participan los derechos fundamentales y las garantías procesales es el procedimiento de recolección de elementos materiales probatorios y evidencia física por parte del ente investigador, es decir, el método establecido por el Estado en el ejercicio de cumplir con el requisito de la cadena de custodia, que sirve de base para probar de manera genuina y auténtica los hechos jurídicos penalmente relevantes para la teoría del caso del sujeto procesal que pretenda probar. Tanto el Estado como su adversario deben obtener los elementos materiales probatorios y la evidencia física de una manera que no afecte los derechos y garantías fundamentales de los asociados. En estos casos, el problema frente al derecho penal en cuanto a derechos y garantías se representa en el juicio de legalidad y licitud del desarrollo de la carga de investigación. Cuando los elementos probatorios se han obtenido vulnerando derechos fundamentales (ilicitud) o bajo desconocimiento de las normas legales que determinan la manera correcta para recolectarlos (ilegalidad), se deben excluir tal como queda consignado en el artículo 23 del C.P.P (Urbano Martínez, 2012; Laudan, 2011 y CSJ, sentencia: radicación 29416 del 23 de abril de 2008). La excepción de estos postulados se concreta en las teorías de: fuente independiente, descubrimiento inevitable y vínculo atenuado frente a la prueba ilícita (Moya *et al.*, 2009).

Finalmente, con relación a las formas propias de cada juicio, los derechos fundamentales y las garantías procesales se encuentran demarcados frente a cada tipo de audiencia por desarrollar. El operador jurídico debe interpretar cada garantía como deber de protección del Estado frente a los derechos fundamentales de cada sujeto procesal, de tal forma que no se afecte el debido proceso legal y se satisfagan los derechos de cada uno. En cuanto al fin propuesto dentro de cada audiencia, cabe hacer mención de las técnicas de oralidad. Su inobservancia vulnera el principio de igualdad de armas y el principio de imparcialidad, toda vez que su finalidad es transmitir al operador jurídico la mayor cantidad de información que permita probar la teoría del caso de manera transparente, con el objetivo de desarrollar el principio de contradicción. En vista de que los sujetos procesales deben encontrarse en igualdad de oportunidades para materializar el juicio, desconocer las técnicas vulnera el debido proceso, pues aunque se quiera expresar que la finalidad de este es la búsqueda de la justicia material, tal argumento no garantiza que se halle; lo que sí asegura es que se pongan en riesgo los derechos de cada sujeto procesal.

Derechos, facultades y atribuciones de las partes e intervinientes en el proceso penal: Fiscalía, defensa y víctimas. Desarrollo jurisprudencial

Siguiendo el hilo conductor del escrito, es pertinente indicar las facultades que les asisten a los sujetos procesales^{VII} (Fiscalía, defensa, Procuraduría y las víctimas) dentro de nuestro sistema jurídico, partiendo de su ubicación constitucional y legal interpretada por la jurisprudencia de las altas cortes. Es necesario hacer la salvedad de que las víctimas, junto con la Procuraduría, toman el nombre de intervinientes. Con el paso del tiempo la calidad de víctima dejará de ser un simple interviniente y tendrá unas facultades más fuertes y específicas que la convertirán cada vez más en un sujeto procesal; ello se puede verificar en la sentencia emanada por la Corte Constitucional C 209 de 2007.

Fiscalía

El contexto en el cual se desarrolla nuestro sistema con tendencia acusatoria propone la obligación por parte del Estado de realizar la investigación, ya sea de manera oficiosa, por querrela o a petición de parte, de los delitos que se originen en nuestra sociedad. Su deber es el de adelantar la acción penal, ejecutando órdenes para indagar los hechos de la noticia criminal, verificándolos frente a una investigación que tenga como objetivo imputar y acusar a los probables autores o partícipes de ello y posteriormente comprobando en juicio oral su responsabilidad penal. Es pertinente comprender que, de acuerdo a las normas constitucionales y legales, la Fiscalía General de la Nación hace parte de la rama judicial, lo que conlleva estar al servicio de la recta administración de justicia bajo el entendido de investigar las circunstancias que sean favorables o desfavorables para los procesados. De esta forma su investigación está al servicio de la verdad material de los hechos.

Bernal Cuéllar y Montealegre (2013: 653-654) sostienen que el deber de la Fiscalía consiste en acercarse a la verdad de lo ocurrido. El ente instructor, en el transcurso de su investigación, debe encontrar elementos materiales probatorios que perjudiquen o favorezcan al procesado y descubrirlos a la defensa en su totalidad. En su investigación, por lo tanto, debe adelantar todos los actos posibles que sirvan para establecer lo sucedido y que sirvan como prueba de descargo posteriormente. Es apenas lógico que el fiscal deba ejercer sus actos bajo los intereses constitucionales. Guerrero Peralta (2011^a: 108-109) inicia su disertación

expresando que el deber constitucional de la Fiscalía reposa “en el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia”, “la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal” y la “independencia judicial”. En este sentido, si bien sus funciones jurisdiccionales fueron recortadas, ello no implica realizar la investigación para comprobar su hipótesis, sino que su propósito reside en servir a los intereses del Estado social de derecho en el entendido de no acusar a un inocente.

Lo anterior no es obstáculo para comprender que su investigación se rige bajo las características de una investigación imparcial, objetiva y eficaz que pretenda llegar a la verdad sin atentar contra los derechos fundamentales de los ciudadanos procesados y de las víctimas. El órgano de investigación participa en la creación de una política criminal acorde con las normas de rango constitucional y al mismo tiempo tiene en sus manos el deber de investigar y acusar a los posibles infractores de la ley penal, partiendo del entendido de que su actividad se encuentra atada al principio de legalidad y al respeto del debido proceso en los actos de investigación que ejecuta a diario.

En aras de garantizar un juicio justo en igualdad de armas, el Estado colombiano determinó en el acto legislativo 03 de 2002, y posteriormente en la normatividad legal Ley 906 de 2004, la separación entre la facultad de investigar y la de juzgar. Para tal efecto separó del órgano judicial toda forma de investigación y le atribuyó esa facultad a la Fiscalía General de la Nación, de manera que se enervara la garantía de imparcialidad y el juez fuese un garante de los derechos de aquellos que participarían en el juicio. Se le restaron al fiscal las facultades de intervención y restricción de derechos fundamentales sobre los ciudadanos para dejarlas en manos de dos tipos de juez: el juez de control de garantías y el juez de conocimiento. Así las cosas, el fiscal pasa a ser una parte que solicita la restricción de derechos fundamentales bajo el derecho que le asiste de indagar, investigar y solicitar el juzgamiento de personas.

El fiscal puede realizar registros, incautaciones y allanamientos e interceptar comunicaciones sin que medie orden de juez de control de garantías. Sin embargo, su actuación debe ser verificada por este operador judicial en un control posterior. Dicha revisión debe efectuarse necesariamente frente al debido proceso con relación a los actos de investigación y la posible vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos sobre los que se interviene en su libertad, intimidad, buen nombre y *habeas data*, entre otros.

El control que se ejerce en los actos del fiscal implica vigilar la forma como va a desarrollar su investigación, imponiéndole límites a su facultad, límites que según Guerrero Peralta recaen sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos. Así se determina su actuación bajo el respeto al debido proceso en la formación de los actos de investigación y al mismo tiempo sobre los derechos fundamentales de los asociados. Sus actos pueden llegar a ser incluso excluidos, sometiéndose a la sanción estipulada en el artículo 29 de la Constitución Nacional (nulidad). Sus facultades constitucionales señaladas directamente en el artículo 250 de la Constitución Nacional no pueden exceder el rango de su legitimidad, teniendo que ser verificadas por parte del juez de control de garantías y de conocimiento. (Guerrero Peralta, 2011^a: 47-80).

Es así como la reforma introducida a través del acto legislativo referido modificó las competencias que se encontraban en cabeza de la Fiscalía, bajo la Ley 600 de 2000, determinando que algunas de sus actuaciones deben ser sometidas a un control de legalidad^{VIII}, hecho por un juez de garantías en aras de proteger derechos de los investigados, imputados y acusados^{IX}.

Por otra parte, el fiscal de la causa tiene la posibilidad de disponer libremente de la acción penal en el sentido de poder archivarla, acusarla, precluirla o retirarla, así como solicitar la absolución perentoria o la absolución del procesado. Desde esta perspectiva de rango constitucional y legal, se encuentra sometido al derecho para generar estas decisiones, pudiendo interponer todos los recursos y acciones pertinentes para lograr su objetivo^X.

El fiscal es el director de la investigación, la cual descansa en los hombros de la Policía Judicial. Esta debe regirse por el deber de aseguramiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física que sean recolectados en el desarrollo de su investigación, los cuales tienen que preservarse en el almacén de cadena de custodia para conservar su genuinidad con el objeto de servir como prueba de cargo en el juicio oral.

En este sentido el fiscal tiene facultades discrecionales frente a su cometido, pues en aras de desarrollar una política criminal acorde con su compromiso institucional puede tomar decisiones que, si bien se encuentran verificadas por el juez de control de garantías y de conocimiento, tienen propósitos que sirven para justificar la eficacia de la justicia penal. Es así como puede aplicar el principio de oportunidad o llegar a efectuar preacuerdos en los que negociará

la persecución de la acción penal, el delito, el grado de autoría o participación, la modalidad o naturaleza del delito, la eliminación de agravantes, la concesión de atenuantes o la pena por imponer y la forma de cumplirla, siempre sometién- dose a la verificación posterior de un juez que en últimas examinará tal acuerdo frente al principio de legalidad.

Así como puede desarrollar potestativamente estas facultades, el fiscal puede realizar la acusación sobre la que no existe un control material del juez de conoci- miento^{XI} (Urbano Martínez, 2013: 95), pues su cometido implica analizar el caso a profundidad. Esto propondría al juez tomar una decisión de fondo y exponer su imparcialidad antes de iniciarse el debate oral. Sin embargo, el juez se somete al principio de congruencia como garantía que posee el acusado de defenderse sobre la acusación entendida como imputación fáctica e imputación jurídica, de manera que el Fiscal debe someterse a probar su dicho en el juicio oral.

Por último, la Fiscalía tiene el deber de solicitar ante el juez las medidas necesarias para garantizar la presencia de los testigos, las víctimas y demás in- tervinientes en el trámite del proceso penal para lograr el restablecimiento de los derechos de las víctimas y su reparación integral (Andrade Castro y Córdoba Angulo, 2007: 47).

La defensa

El equilibrio del proceso penal de tendencia acusatoria reside en el principio de igualdad de armas. Ello implica no solamente la posibilidad de acudir ante la jurisdicción con las mismas posibilidades que su adversario, sino reconocer una serie de garantías para oponerse en paridad de condiciones al acusador (Fiscalía). Por esta vía, inevitablemente se debe reconocer que el instructor es el músculo más fuerte que posee el Estado para desarrollar el *ius puniendi*, contando con colaboradores que le servirán para desvirtuar la presunción de inocencia de los ciudadanos acusados (cuerpo de policía judicial, Instituto Nacional de Medicina Legal, etc.). El acusado, en cambio, es la parte más débil del proceso al tener un grado de desventaja frente a su antagonista. Partiendo de este argumento, el Estado reconoce en la garantía de la defensa una serie de derechos que estarán presentes a lo largo del desarrollo del proceso penal para lograr un juicio equita- tivo^{XII} (Ambos, 2005: 67-72).

Este principio pretende ejercer el derecho de contradicción frente a todas las decisiones que impliquen afectación de derechos fundamentales al procesado y al mismo tiempo frente a la acusación, el juzgamiento y las decisiones de fondo que se profieran. Previamente, es preciso conocer todos los elementos materiales probatorios y evidencia física obtenidos por el investigador para poder activar una verdadera contradicción sobre las peticiones que presente ante la jurisdicción. Así las cosas, la igualdad solo se obtiene cuando se conoce verdaderamente el medio de prueba de la contraparte, en otras palabras, cuando hay descubrimiento^{XIII} (C S J. Radicación 26087 de 2007).

Es a partir del descubrimiento que se puede ejercer el principio de contradicción. Este inevitablemente conlleva a presentar prueba de descargo frente a la solicitud de restricción de derechos fundamentales del procesado o de la acusación en juicio oral, recurrir las decisiones adversas, tener derecho a una segunda instancia para que revise las decisiones del inferior, solicitar nulidades que afecten el debido proceso o a los medios de prueba, realizar conainterrogatorios que pretendan desacreditar o refutar el testigo de cargo o presentar testigos de refutación, siempre partiendo del principio de lealtad como medio generador de confianza sobre la actuación frente al juez.

Desde esta óptica, el derecho de defensa se materializa en todas las etapas del proceso –indagación, investigación y juzgamiento–. El principio de igualdad de armas, además, acompaña a esta garantía en cada trámite que implique la restricción de un derecho fundamental del ciudadano que se encuentra inmerso en este.

A partir del principio de igualdad de armas surgen para el procesado varias garantías, entre las que podemos destacar el derecho que le asiste al procesado a guardar silencio. Esta garantía implica que, si bien el deber del Estado es probar su acusación y desvirtuar la presunción de inocencia, el silencio del procesado no puede ser tomado como prueba en su contra. También impone el deber de respetar su integridad cuando este se encuentre privado de la libertad por una medida de aseguramiento, de tal forma que no se pueda agredir, torturar o realizar tratos crueles e inhumanos para obtener información. En otras palabras, el Estado no puede instrumentalizar al procesado y utilizarlo como objeto del proceso; por ello este no se encuentra obligado a rendir interrogatorios y, si lo quisiera hacer, solo puede ejecutarse en presencia de su defensor, siempre y cuando se le expliquen los derechos y las implicaciones que se desprenden de dicho acto.

De esta forma su silencio no conlleva la renuncia a defenderse personalmente. Desde el mismo momento que conoce que existe una investigación en su contra, puede acudir ante el fiscal para que le indique si contra él existe una investigación en curso, de tal suerte que de ser afirmativa la respuesta puede solicitar que se le expresen los hechos que son motivo de tal investigación. Tal afirmación se sostiene con la Sentencia de tutela T 920 de 2008:

La Corte, ha afirmado reiteradamente que el derecho de defensa no se empieza a ejercer solamente desde el momento en que se profiere la imputación sino que, desde el momento mismo en que se inicia la investigación con un indiciado conocido, éste puede adoptar las estrategias que considere convenientes para preparar su defensa, eso sí, teniendo en cuenta los cauces legales previstos en la Ley 906 de 2004, bajo el entendido de que la estructura del nuevo sistema de Procedimiento Penal con tendencia acusatoria no implica: (i) anticipar la etapa del descubrimiento de las pruebas ni (ii) efectuar solicitudes que puedan entorpecer las labores de la Fiscalía de adelantar y continuar la investigación.

Adicionalmente, la Corte analiza las implicaciones que conlleva la activación del derecho de defensa desde etapas anteriores a la formulación de imputación, garantía que se encontraba limitada bajo la óptica del Art. 8 de la Ley 906 de 2004. Para ello, determina puntos esenciales de comparación entre la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004 y llega a la conclusión de que el derecho de defensa se activa desde el mismo momento en que la persona conoce la existencia de una investigación:

A partir de dichos presupuestos la Corte justificó una interpretación incluyente del artículo 8° de la Ley 906, es decir, extendió las garantías de la defensa a la etapa previa a la imputación, a partir de la relación de varias hipótesis en donde se hacía necesaria la participación del indiciado dentro de las diligencias penales. Como consecuencia esta Corporación advirtió que dichas garantías se activan –inclusive– desde el trámite de la indagación y condicionó constitucionalmente la interpretación y aplicación de la norma rectora, en los siguientes términos: “En este orden de ideas, la correcta interpretación del derecho de defensa implica que se puede ejercer desde antes de la imputación. Así lo establece el propio Código por ejemplo desde la captura o inclusive antes, cuando el investigado tiene conocimiento de que es un presunto implicado en los hechos. Por ello, la limitación establecida en el artículo 8° de la ley 906 de 2004, si se interpreta en el entendido de que el derecho de defensa solo se puede ejercer desde el momento en que se adquiere la condición de imputado, sería violatorio del derecho de defensa”.

En igual sentido, se puede leer en la jurisprudencia el respaldo constitucional sobre esta afirmación, bajo el entendido de que las sentencias de constitucionalidad han tomado como referente este punto. Así, no solo se busca proteger el derecho a la defensa sino las garantías que se le otorgan al procesado en juicio oral como el principio de igualdad de armas, en el que se hace visible que tanto la Fiscalía como la defensa deben tener las mismas condiciones y derechos en el ejercicio del *Ius puniendi*. En este sentido, si el procesado no sabe que en su contra existe un proceso penal y la Fiscalía actúa desarrollando la investigación, una vez aquel conoce la actuación debe solicitarle a la Fiscalía que lo reconozca jurídicamente para que él pueda ejercer su derecho a defenderse de los posibles cargos sobre los que se pueda llegar a imputar

Esta posición es reafirmada en la Sentencia C 025 de 2009, en la que se expresa:

La posición de la Corte ha sido unívoca, consistente y sólida, en el sentido de sostener que, a luz de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos, no pueden consagrarse excepciones al ejercicio del derecho de defensa, esto es, no puede edificarse sobre él restricción alguna, de manera que debe entenderse que la defensa se extiende, sin distingo ninguno, a toda la actuación penal, incluida por supuesto la etapa pre procesal, conocida como investigación previa, indagación preliminar o simplemente indagación. Esta posición de la Corte ha sido reiterada en sus pronunciamientos que abarcan tanto el modelo mixto de tendencia inquisitiva inicialmente adoptado por la Constitución del 91 y desarrollado básicamente por el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000, como el sistema procesal penal de tendencia acusatoria incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado por el Legislador a través de la Ley 906 de 2004, con las modificaciones introducidas por la Ley 1142 de 2007.

En igual sentido, en Sentencia C 127 de 2011 la Corte expresó:

Para la Corte, el principio de igualdad de armas “constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección”.

Si bien el derecho a la defensa, y en particular el derecho a la defensa técnica, resulta determinante para la validez constitucional del proceso penal, el tema de si el derecho

de defensa en materia procesal penal tiene un espectro amplio o restringido no ha sido un asunto pacífico, a pesar de que el artículo 29 de la Constitución claramente extiende el derecho al debido proceso “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, y en materia penal reconoce el derecho de los sindicados a una defensa técnica “durante la investigación y el juzgamiento [...]. En los dos escenarios la posición de la Corte ha sido “unívoca, consistente y sólida, en el sentido de sostener que, a luz de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos, no pueden consagrarse excepciones al ejercicio del derecho de defensa, esto es, no puede edificarse sobre él restricción alguna, de manera que debe entenderse que la defensa se extiende, sin distingo ninguno, a toda la actuación penal, incluida por supuesto la etapa pre procesal, conocida como investigación previa, indagación preliminar o simplemente indagación.

Así las cosas, el derecho a la defensa es vinculante a todas las etapas del proceso penal, incluyendo aquellas que se consideran preprocesales (entiéndase por tales la indagación hasta la culminación del proceso). Debe ser así porque la materialización de la garantía que determina el derecho a la defensa no presenta límites que se puedan llegar a establecer como una forma de realizar una actividad probada por parte del Estado, máxime cuando la consecuencia de ello es el sufrimiento de la materialización de un proceso y la posible imposición de una pena. El principio fundamental sobre el cual se rige esta garantía se establece en el principio de igualdad de armas y se concreta con la posibilidad de participar en audiencias preliminares, desarrollar la contradicción y provocar una carga de investigación.

En igual sentido, el procesado tiene derecho a escoger libremente su defensor, derecho de postulación y al mismo tiempo derecho a ejercer su defensa, esto es, tiene derecho a una defensa técnica y a una defensa material. En el proceso penal con tendencia acusatoria la posición de la defensa técnica ocupa un papel activo en el trámite del proceso^{XIV}, de tal forma que su gestión debe estar acorde con el ejercicio de contradicción. En este punto las características que se desprenden de su ejercicio se concretan en que es irrenunciable o, en otras palabras, el procesado no puede renunciar a su defensa técnica; debe ejecutarse real y materialmente efectuando actos positivos de gestión de defensa. Así mismo, la defensa debe ser permanente, o sea, estar presente en todas las fases del proceso, sin ninguna clase de limitación^{XV} (sentencias C 488 de 1996, C 836 de 2002, C 455 de 2003, T 16081 de 2004).

La Corte Suprema de Justicia, tomando como referencia a la Corte Constitucional, ha expresado la existencia de vulneración al núcleo esencial del derecho a la defensa cuando se puede constatar:

i) Que efectivamente se presenten fallas en la defensa que, desde ninguna perspectiva posible, puedan encuadrarse dentro del margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la estrategia de defensa adecuada. Ello implica que, para que se pueda alegar vulneración del derecho de defensa técnica, debe ser evidente que el defensor cumplió un papel meramente formal, carente de cualquier vinculación a una estrategia procesal.

ii) Que las mencionadas deficiencias no le sean imputables al procesado o que hayan resultado de su propósito de evadir la acción de la Justicia. Habrá de distinguirse en estos casos, entre quienes no se presentan al proceso penal porque se ocultan y quienes no lo hacen porque le fue imposible conocer su existencia.

iii) Que la falta de defensa técnica revista tal trascendencia y magnitud que sea determinante de la decisión judicial respectiva, de manera tal que pueda afirmarse que se configura una vía de hecho judicial por uno de los defectos anotados y, en consecuencia, una vulneración del derecho al debido proceso y, eventualmente, de otros derechos fundamentales (CSJ, Sala de Casación Penal, Proceso No. 26827 del 11 de julio de 2007 y Corte Constitucional, Sentencia de Tutela T 957 de 2006).

En igual sentido, la asistencia del defensor técnico^{XVI} sirve al procesado en el asesoramiento que debe tener en cada audiencia del proceso penal. Por ello los derechos que se encuentran estipulados en el artículo 8° de nuestra legislación procesal penal habilitan al ciudadano investigado e imputado a tomar decisiones en torno a su responsabilidad. En ello debe recabarse, pues la renuncia a guardar silencio conlleva el reconocimiento de su culpabilidad, lo que implica la imposición de una pena. Es así como puede allanarse a los cargos formulados por la Fiscalía, preacordar su responsabilidad o someterse al principio de oportunidad, partiendo de la base de que estas dos últimas formas de justicia premial están sometidas a la facultad del fiscal que conoce el proceso; empero, la actitud del defensor debe estar al servicio de los derechos del procesado, participando activamente en su garantía en cada audiencia procesal^{XVII}.

En el ejercicio sustancial de su derecho de defensa, ya sea técnica o material, el procesado tiene derecho a conocer los cargos sobre los cuales versará su juzgamiento, de tal forma que pueda preparar su defensa conociendo los hechos

jurídicos penalmente relevantes y las normas penales sobre los cuales procede la acusación del fiscal, así como los medios de pruebas que sustentan la acusación efectuada. Es este aspecto en donde recae el verdadero ejercicio defensivo, pues el juzgamiento tendrá como fuente primaria a la acusación, y ella determinará la posición que adopte el juez en su sentencia judicial; en otras palabras, debe existir congruencia entre el acto de acusación y el acto de juzgamiento, y por ello la sentencia debe versar sobre los mismos hechos y bajo la misma acusación.

Así las cosas, el ejercicio del derecho de defensa debe ejercerse en un plazo razonable, y el Estado no puede extender el juicio indefinidamente de un ciudadano cuando este presenta una medida de aseguramiento de tal forma que se vulnere su derecho a que se le defina de manera pronta su situación y a una efectiva justicia.

Víctimas

Los derechos de las víctimas están íntimamente ligados al principio de igualdad de trato de los ciudadanos frente a la ley. Así como los procesados tienen una serie de garantías en el ejercicio de defensa, estas se aplican en igual forma para el defensor o representante de las víctimas en el ejercicio de la acción penal. En tal sentido, las garantías consignadas en el artículo 8° de la CADH sirven para ser invocadas por la víctima o su apoderado como derechos que le asisten a lo largo del proceso.

En nuestro sistema procesal penal de tendencia acusatoria, se entiende a la víctima como un interviniente especial, pues no es necesaria su presencia en el desarrollo del juicio oral para que se tenga que suspender o anular por su ausencia. Sin embargo, se entiende que su presencia es primordial, pues su pretensión está íntimamente ligada al acto de justicia, que se vislumbra desde tres finalidades primordiales: verdad^{xviii}, justicia^{xix} y reparación^{xx}.

La evolución del concepto de víctima se encuentra íntimamente ligado con el discurso de protección de los derechos humanos, en el sentido de comprender que su afectación producto del ilícito no solo genera el resarcimiento de su derecho patrimonial, sino que ello congrega una serie de actos de naturaleza procesal que implican lograr el reconocimiento del delito por parte de los victimarios, la naturaleza o la forma en que se perpetró, los motivos que engendraron su producción, el acto de reparación, el perdón sobre el delito y su garantía de no repetición (Sentencia C 228 de 2002).

De esta forma, comprender a la víctima conlleva tratarla en igualdad de condiciones, a su ser como entidad digna, lo que implica tratarla diferencialmente de acuerdo con su edad, sexo, raza, ideología política o religiosa, cosmovisión de vida y en razón a su estado de salud o condiciones psicológicas, físicas y sociales, en otras palabras, de acuerdo a su entorno. Su trato depende de la asistencia que preste el Estado para que acceda a la administración de justicia, del desarrollo de sus derechos en el ejercicio del proceso penal y de la forma en que posteriormente será resarcida en su ser espiritual y materialmente. Esta garantía de trato diferencial evita la discriminación del ser humano, pero al mismo tiempo admite que a partir de la diferencia se reconozcan los derechos de las víctimas. Así, aunque existen derechos para las víctimas, cada una de ellos se aplicará de forma diferente con el propósito de garantizar el derecho a la igualdad entre desiguales.

En algunas oportunidades lo que origina un trato diferencial radica en el contexto en el cual se desarrolla la vida de la víctima de una conducta punible. En otras ocasiones el trato preferente radica en su naturaleza de niño, niña o adolescente, por ser mujer, por ser una persona de la tercera edad, por ser un sujeto de derecho internacional humanitario^{XXI}, por su libre opción de vida –como es el caso de la comunidad LGTBI–, por su raza, etnia y comunidad. Por lo tanto, el operador judicial debe hacer un análisis de la proporcionalidad de trato con el que va a ejercer las medidas protectoras sobre estas personas y al mismo tiempo generar los medios propicios para evitar una vulneración mayor sobre sus derechos. Es así como tiene el deber de evitar su revictimización en el ejercicio del *ius puniendi*.

Otra postura que origina un trato diferente se encuentra en la estructura del ilícito. En ocasiones se generan rutas de asistencia especial para la condición de la víctima. En este punto se puede llegar a establecer que una víctima de un delito sexual posea una exposición frente al Estado en el ejercicio de su derecho a denunciar, pero este tiene el deber de hacer menos humillante y vulnerable su reconocimiento frente al recuerdo de lo sucedido. En otras palabras, el Estado tiene la obligación de exponer lo menos posible a este sujeto de derechos para hacerlo menos vulnerable a la exposición del derecho penal. En este sentido la víctima tiene una doble protección: por un lado, la Fiscalía tiene que presentar solicitudes ante el juez de control de garantías con la finalidad de proteger sus derechos fundamentales; por otro, también se debe preservar su derecho de postulación, para que un apoderado de la víctima refuerce la posición de protección y en cierto

sentido reemplace al instructor en esta labor. Por si fuera poco, la Procuraduría puede enervar los derechos de la víctima cuando se observe vulneración a sus derechos fundamentales.

En este sentido, la legislación nacional pretendió acoplar el reconocimiento de los derechos de la víctima que eran plenamente acogidos por los tratados internacionales y especialmente por la Corte Interamericana de Derechos humanos al sistema penal acusatorio. Sin embargo, este reconocimiento se quedó corto, y por ello la Corte Constitucional desarrolló una línea jurisprudencial que, acoplando el derecho interno al internacional, interpretó sus derechos efectuando un control de convencionalidad sobre su derecho interno (sentencias C 580 de 2002, C 228 de 2002, C 805 de 2002, C 873 de 2003, C 004 de 2003, C 591 de 2005, C 1154 de 2005, C 454 de 2006 y C 209 de 2007).

Autores como Guerrero Peralta (2011^a: 219) remiten a Cafferata Nores, quien hace una interesante disertación sobre los fallos de los tribunales internacionales, específicamente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y sobre los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En ellos se interpretan los derechos de las víctimas desde tres puntos fundamentales: “la igualdad ante los tribunales”, “el acceso a la justicia y la defensa en juicio” y “la imparcialidad e independencia de los jueces”, con el objetivo de lograr un derecho penal material equitativo y equilibrado. En este sentido se hace lógica la participación de la víctima en el proceso penal, pues se entiende, como se manifestó en el aparte de la Fiscalía, que el acto de investigación del instructor debe ser objetivo; para ello, la víctima requiere de un representante que de cierta forma parcialice sus intereses.

De esta forma, la víctima tiene derecho a una investigación dentro de un plazo razonable sin dilaciones injustificadas, a un juzgamiento dentro del mismo término, a realizar su propia investigación y a ponerla a disposición del instructor para que sea valorada y a solicitar sus actos de investigación cuando exista afectación de derechos fundamentales de acuerdo a lo establecido en la ley. Así mismo, también se consideran derechos de ella: oponerse a la acusación propuesta por la Fiscalía, solicitar medidas cautelares en desarrollo del proceso penal, solicitar pruebas, impugnar las decisiones que sean contrarias a sus intereses, ejercer el derecho de contradicción, interrogando y contrainterrogando a los testigos de cargo por intermedio de la Fiscalía, oponerse a los preacuerdos, negociaciones,

principio de oportunidad, archivo o preclusión del proceso, presentar los alegatos de conclusión en el juicio oral, apelar la sentencia de primera instancia en el ejercicio de su derecho a la doble instancia y acudir a casación o revisión cuando lo estime pertinente (Sentencia C 209 de 2007).

La Procuraduría

La participación del Ministerio Público dentro del proceso penal colombiano con tendencia acusatoria ha sido controvertida a la luz de diversos cuestionamientos sobre su calidad y función (Sánchez Lugo, 2013: 453-461). Si bien este interviniente no es una parte reconocida en un modelo procesal acusatorio propiamente dicho, ya sea norteamericano o continental europeo, en nuestro sistema con tendencia acusatoria se posibilitó su participación, lo cual deja inquietudes e incógnitas. La razón principal de la inconformidad deriva en el eventual desequilibrio que se presentaría entre la Fiscalía y la defensa, vulnerándose el principio de igualdad de armas, fundamento y piedra angular de los sistemas procesales adversariales. Y es que si nos ponemos a pensar, la base de adversariedad radica en que tanto acusador como acusado tengan la posibilidad en igualdad de condiciones de exponer su verdad frente al juez para que este en su íntima convicción acoja la que se aproxime objetivamente a la realidad; un tercero en este juego de argumentos genera inequidad y desigualdad.

El Ministerio Público propende por la protección de los derechos fundamentales en la investigación penal complementando la labor del juez de control garantías, ejerce control sobre la decisión de archivo del proceso, tiene facultades probatorias, y su actividad dentro del proceso penal es de carácter transitoria, enfocada en el estudio de cada circunstancia en particular, evaluando la necesidad de su intervención (Bernal Cuéllar y Montealegre, 2013: 720-725).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia ha definido y delimitado la función del Ministerio Público dentro del proceso penal actual, indicando que constitucionalmente su facultad se enmarca en tres aspectos fundamentales, consagrados en el artículo 277, numeral 7, de la CN: la defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales. La Corte Suprema de Justicia ha determinado que el Ministerio Público no es considerado en la Ley 906 de 2004 ni como sujeto procesal, pues

esta calidad solamente la ostentan la defensa y la Fiscalía, pero tampoco es un interviniente especial, pues no busca un interés particular; en consecuencia, se reconoce como un “organismo propio” o “un sujeto especial” que debe cumplir las finalidades establecidas por la Constitución relacionadas con las actuaciones judiciales. Así mismo, se establece que las funciones de este organismo son contingentes, y en sus actuaciones no puede alterar el equilibrio y la igualdad; estas solo pueden ir enmarcadas en la necesidad de cumplir las finalidades ya mencionadas con anterioridad (C.S. de J. Sentencia de Casación 30592 de 2011).

Por su parte, la Corte Constitucional determina que el Ministerio Público es un interviniente principal y discreto que debe visualizarse en dos aristas: por un lado, le corresponde velar por el respeto de los intereses de la sociedad, los derechos humanos y los derechos fundamentales inmersos dentro del proceso; por otro lado, debe sujetarse a las limitaciones y condicionamientos establecidos por la ley y la jurisprudencia para evitar desequilibrar el principio de igualdad de armas y eliminar el aspecto adversarial del proceso penal. Su actuación debe ser objetiva con la finalidad de obtener una decisión justa conforme a derecho (Sentencia C 144 de 2010).

Así las cosas, corresponde al Ministerio Público velar por los derechos humanos y por los derechos fundamentales como representante de los intereses de la sociedad. Tal labor implica verificar el cumplimiento de las garantías judiciales en las actuaciones adelantadas por los miembros de la policía judicial, producto de una facultad autónoma o por orden de un fiscal o un juez de control de garantías, con la potestad, según sea el caso, de solicitar la terminación de una medida, la restricción o la exclusión de la evidencia obtenida con la transgresión del ordenamiento jurídico. No obstante, no goza de ningún privilegio frente a los funcionarios judiciales (jueces, fiscales, policía judicial); solo tiene acceso a la información en las oportunidades y términos establecidos en la ley. Le compete participar en las audiencias judiciales donde se restrinjan derechos fundamentales y velar por la verdad y la justicia en las decisiones judiciales, así como por el cumplimiento del derecho de defensa y debido proceso y de las condiciones de la restricción de la libertad. También puede tener participación en aspectos como la solicitud de absolucón o condena, la audiencia de preclusión, la protección de derechos colectivos y de los derechos de las víctimas, testigos y demás

intervinientes en las audiencias relacionadas con la disponibilidad de los derechos de las víctimas y preservar el principio de oportunidad.

La Procuraduría también puede presentar sus argumentos frente a los preacuerdos y negociaciones, en especial cuando advierta la violación de derechos ajenos y vulneraciones al derecho interno o al derecho internacional humanitario; solicitar el cambio de radicación; promover el incidente de reparación integral; participar en las audiencias preliminares; interponer recurso de revisión y casación. Además, cuando decida participar en la audiencia de formulación de acusación, se le debe dar traslado para que presente observaciones sobre el escrito de acusación. Así mismo, puede expresar razones de incompetencia, recusación o nulidad; oponerse a las estipulaciones probatorias cuando advierta la vulneración de garantías; solicitar la exclusión, la indamisibilidad o el rechazo de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas que no cumplan los requisitos de conducencia y pertinencia; solicitar pruebas trascendentes para el juicio cuando las partes las hayan omitido; formular preguntas complementarias cuando los sujetos procesales hayan culminado sus interrogatorios; solicitar la preclusión cuando haya vencido el término para llevar el proceso; solicitar la revocatoria de la detención domiciliaria cuando el procesado privado de la libertad incumpla con las obligaciones impuestas; oponerse a las preguntas elaboradas por el interrogador que no cumplan con las reglas; presentar alegatos frente a la responsabilidad o inocencia del acusado. Por último, se le debe notificar la decisión de archivo y debe participar de la diligencia de destrucción del objeto material de algunas conductas punibles (C. S. de J. Sentencia de Casación 30592 de 2011).

La Corte Suprema de Justicia advierte que el juez es el encargado de verificar que no exista un exceso en las facultades del Ministerio Público, en especial en los aspectos de carácter probatorio, pues no puede romperse el equilibrio del proceso adversarial al ejecutar actividades o labores propias del acusador o de la defensa, perjudicando los intereses de la defensa o de la Fiscalía. Por otro lado, es clara en indicar que la labor del Ministerio Público es contemplativa, pasiva, pero vigilante; por ello no se le permite elaborar una propia de teoría del caso, ni presentar solicitudes probatorias para sustentarla^{XXII} (C. S. de J. Sentencia de Casación 30592 de 2011).

En cuanto a las facultades del Ministerio Público en el juicio, expresamente la Corte Suprema de Justicia se ha referido así:

•El ejercicio de los roles en el proceso penal•

El Ministerio Público, como interviniente, tiene unas facultades limitadas en el curso del juicio oral, de acuerdo con las cuales únicamente cuando observe la manifiesta violación de garantías y derechos fundamentales puede solicitar el uso de la palabra ante el juez, y excepcionalmente, con el único propósito de conseguir el ‘cabal conocimiento del caso’, el Representante de la Sociedad también podrá interrogar a los testigos, de lo cual se desprende que no tiene derecho a contrainterrogar y menos a utilizar la técnica propia de este tipo de preguntas, pues aquella facultad no lo autoriza para suplir las deficiencias de las partes ni para introducir respuestas a interrogantes que fueran válidamente objetados entre ellas. Lo contrario sería permitirle que tome partido por una de las partes o se recargue y que en el juicio se desequilibre la igualdad que debe existir entre ellas (C. S. de J. Sentencia de casación 30782 de 2009 y Sentencia T 293 de 2013).

Para concluir, la jurisprudencia ha establecido que la intervención del Ministerio Público se limita a desarrollar “su función constitucional de intervención y vigilancia en los procesos judiciales, de un lado, en caso de necesidad de protección del ordenamiento jurídico y de derechos y garantías fundamentales y, de otro, dentro de los parámetros, condiciones y oportunidades que la ley dispone”. Así mismo, “solo pueden intervenir en los procesos cuando la ley les otorga jurisdicción y competencia, la Procuraduría puede hacerse parte de ellos cuando la ley establece, en forma precisa, su intervención para la defensa de los derechos e intereses de la sociedad” (Corte Constitucional, Sentencia C 209 de 2007). Este punto se concluye en la facultad expresa que le asiste legalmente al Ministerio Público de solicitar el embargo de los bienes del imputado cuando la víctima sea un menor de edad.

El juez

El juez es sin duda alguna el garante de garantes, pues es quien resuelve el proceso penal, bajo los parámetros y finalidades del marco constitucional y del debido proceso. Su actuación modula las etapas procesales con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de las partes e intervinientes, de tal suerte que su intervención sea objetiva e imparcial, circunscrita a la justicia material sobre los hechos y las normas, y apegada a los valores determinados en el modelo jurídico constitucional del Estado social democrático de derecho. En tal sentido, este debe con su actuación respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos sometidos a su jurisdicción, respetar las opiniones de las mayorías determinadas en los marcos legales por el

legislador, respetar los derechos de las minorías con la finalidad de materializar el derecho a la igualdad y realizar una justicia material (Uprimny, 1995).

En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional al expresar:

En relación con el carácter de adversarial del proceso penal, la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, para buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, para ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad (Sentencia C 209 de 2007).

El compromiso del juez con la Carta Constitucional se concreta expresamente frente a dos valores de significativa importancia para la teoría del derecho: “la seguridad jurídica” y la “justicia material”. Esto origina un compromiso fuerte de respeto y apego al derecho, sin caer en el formalismo o respeto excesivo. En este sentido, el derecho debe ser interpretado para no caer en posiciones normativas que lleguen a vulnerar sustancialmente las expectativas de los asociados; en otras palabras, el juez debe tener un mínimo de discrecionalidad para no llegar a ser arbitrario aplicando la norma sin llegar a solucionar verdaderamente el problema que está puesto en sus manos. Por esta razón la labor de interpretación judicial radica en la protección del derecho sustancial sobre el procedimental.

Las normas son parámetros objetivos sobre los que el juez actúa, proponiendo una ruta que sirve de medio para evitar su subjetividad, pero al mismo tiempo ellas no abordan todos los posibles problemas que se pueden presentar cuando son aplicadas a casos concretos. Es en estos eventos en los que a él no le queda otro camino que interpretar, pero esta labor la hace con apego al derecho. Por ello la Constitución Nacional advierte tal situación y lo dota de valores y principios que servirán para llegar a soluciones razonables y justas. Así las cosas, el juez es un sujeto imparcial, pero para ello debe ser independiente y autónomo, pues requiere que el ejercicio de su actividad se encuentre salvaguardada en un cargo que cuente con condiciones de estabilidad que provoquen una actuación sometida a los intereses constitucionales y no a las presiones externas que interfieran con su objetividad y transparencia.

Él no es un militante, no está al servicio de una ideología o política; es un hombre al servicio del respeto de la juridicidad del Estado y en especial de la Constitución. Su objetivo se encuentra en respetar los derechos fundamentales de las personas y, al mismo tiempo, hacer justicia. Por ello su responsabilidad recae en los argumentos que lo llevan a obtener la solución sobre los casos que conozca, y su sentencia será su boca; es allí en donde funda su legitimidad.

Las funciones del juez sin denominación en particular se pueden concretar en varios aspectos: revisar que las actuaciones de las autoridades de policía judicial y Fiscalía que afecten derechos fundamentales sean motivadas, sustentadas y respaldadas; verificar la legalidad de los acuerdos y preacuerdos entre los sujetos procesales; velar por la aplicación del principio de igualdad; excluir la prueba ilícita; verificar que el descubrimiento probatorio se realice conforme al debido proceso y derecho de defensa; controlar la actuación de las partes en el proceso; verificar la debida incorporación de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas enunciadas y descubiertas en las audiencias preliminares y preparatoria; asegurar la conducencia y legalidad de la prueba; verificar el decoro de los sujetos procesales, los intervinientes, los testigos y los medios de comunicación en las audiencias; y dictar sentencia soportada en las pruebas practicadas en el juicio oral (USAID-Consejo Superior de la Judicatura, 2005: 20).

Con la incorporación del sistema acusatorio se trae una figura novedosa denominada “juez de control de garantías”. Este funcionario judicial tiene unas competencias y funciones especiales que se concretan en el control constitucional de la actuación de la Fiscalía en la intervención de derechos fundamentales, pues debe asegurarse de que la actuación de este organismo esté revestida de legalidad y de que el sustento de las solicitudes de las medidas por ejecutarse estén justificadas en parámetros de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad (Sentencia C 591 de 2005). Por ello el juez debe tener un conocimiento sobre los límites y requisitos que deben seguir los fiscales y los miembros de la policía judicial para que sus actuaciones sean legales y legítimas sin ningún tipo de vicio.

En el nuevo sistema existen diversas audiencias donde el juez de control de garantías autoriza al fiscal para limitar los derechos fundamentales de los investigados; también existen otras donde el fiscal es quien autoriza limitar esos derechos pero posteriormente el juez de control de garantías valida y legitima la decisión y la materialización de la restricción al derecho fundamental. Es por ello

que el papel de este funcionario judicial es vital y trascendente para el ordenamiento procesal penal al tomar decisiones como: legalidad de la captura, medida de aseguramiento, medidas cautelares, legalizar los elementos materiales probatorios y evidencia física obtenidos en allanamientos, registros, interceptaciones, vigilancia y seguimiento de personas, etc.

La función del juez de control de garantías se centra en la vigilancia del cumplimiento del debido proceso, las normas de protección de los derechos ciudadanos, las normas que conforman el bloque de constitucionalidad relacionadas con las garantías judiciales, la transparencia, el acceso a la administración de justicia, la independencia y la imparcialidad.

La Corte Constitucional sintetiza las funciones de este funcionario judicial al encomendarle la realización de:

(i) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas excepcionalmente por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control sobre la aplicación del principio de oportunidad; (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; e (vi) igualmente deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución (Sentencia C 591 de 2005).

Conclusiones

- El proceso penal cuenta con los derechos y garantías específicos para que cada sujeto procesal o interviniente desarrolle su actividad dentro de este. De tal forma que se puede verificar la existencia de procedimientos democráticos expeditos para facilitar sus pretensiones y desacuerdos en el interior del escenario judicial.
- Los medios de comunicación observan la forma como se materializan los derechos y garantías del proceso penal, pero el participante no debe ejercer presiones injustificadas instrumentalizando a los medios de comunicación para sus intereses particulares. Su deber está consignado en el agotamiento de los canales comunicativos pertinentes para demostrar su inconformidad, sin que ello quiera decir que no pueda denunciar situaciones irregulares que deban ser conocidas por la opinión pública para evitar injusticias. Por esto no

debe ser cualquier tipo de denuncia la que se haga, y el medio de comunicación está en la obligación de investigar equilibradamente lo expresado por el denunciante para evitar los perjuicios que se han manifestado en el desarrollo de esta investigación. Por lo tanto, el camino no es generar censura, sino que exista un equilibrio que garantice proporcionalmente el ejercicio ético de la actividad de informar y opinar sobre los procesos judiciales.

- El juez debe aplicar el test de proporcionalidad, igualdad, en el ejercicio de su cargo, pero es deber de todos los servidores públicos modular la actividad judicial para evitar excesos que traigan como consecuencia el menoscabo de los derechos fundamentales de aquellos que participan del foro penal.
- Los medios de comunicación deben ser conscientes de la responsabilidad social que tienen en el ejercicio de su actividad para informar y opinar sobre los procesos judiciales. Con una información inoportuna, inexacta o con una opinión impertinente o equivocada se puede causar una vulneración frente a todos los derechos y garantías expuestas en el presente capítulo. Sin embargo, se insiste en que no es necesario censurarlos sino hacerles ver que deben respetar los derechos del proceso penal y al mismo tiempo realizar una actividad de autocontrol sobre el ejercicio de la libertad de expresión.

BIBLIOGRAFÍA

- Albarracín, David (2009). “*La verdad y la prueba de los hechos*”. En *Dinámica y acción probatoria de la defensa*. Imprenta Nacional, Defensoría del Pueblo.
- Alexy, Robert (1995). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, Robert (2001). *La corrección del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, Robert (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, Robert (2012). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Álvarez G., Juan Diego (2011). *Libertad de expresión y litigio de alto impacto*. Bogotá: Universidad de los Andes y otros.
- Ambos, Kai.(2005). *Principios del proceso penal europeo. Análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos*. Universidad Externado de Colombia.
- Andrade Castro, Jason y Córdoba Angulo, Miguel (2007). *Estudios sobre el sistema penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Anitua, Gabriel Ignacio (2004). “*El principio de publicidad procesal penal: un análisis en la historia y el derecho comparado*”. En *Hendler, Edmundo (comp.). Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Arango, Rodolfo (2004). “*Derechos, constitucionalismo y democracia*”. En *Constitucionalismo, Estado Social de Derecho y realización integral de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Araújo Rentería, Jaime (1966). *Teoría de la Constitución*. Bogotá: Ecoe Ediciones.

- Arias Duque, Juan Carlos (2006). *El sistema acusatorio penal: análisis desde su implementación*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Armenta Deu, Teresa (2012). “Los dos principales sistemas, sus pares y derivaciones: acusatorio/adversativo e inquisitivo/mixto”. En *Sistemas Procesales Penales. La Justicia Penal en Europa-América*. Madrid: Marcial Pons.
- Auto emitido en el proceso 39293, del 31 de julio de 2012.
- Ayala Corao, Carlos (2007). *La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Universidad de Talca.
- Bacigalupo, Enrique (2002). *Justicia penal y derechos fundamentales*. Barcelona: Marcial Pons.
- Barrero Ortega, Abraham (2001). “Juicios paralelos y Constitución: su relación con el periodismo”. En *Revista Ámbitos*. España.
- Bentham, Jeremías (1971). *Tratado de las pruebas judiciales*. Tomo 1. Cap. X. Libro 2º. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.
- Bernal Castro, Carlos Andrés (2006). “La Corte Constitucional dentro del Estado social de derecho colombiano: un órgano legitimador del derecho dentro de la sociedad”. En Sanín Restrepo, Ricardo y Bernal Castro, Carlos Andrés. *Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*. Colombia: Legis, Universidad Javeriana.
- Bernal Castro, Carlos Andrés (2013). *Bienes jurídicos o protección de la vigencia de las normas. Una lectura desde la historia social del derecho penal*. Segundo Capítulo. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Bernal Cuéllar, Jaime y Montealegre, Eduardo (2013). *El proceso penal*. Tomo 1. Fundamentos constitucionales y teoría general. 6ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, Carlos (2005a). “Derecho fundamental al debido proceso”. En *El derecho de los derechos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, Carlos (2005b). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bonet Pérez, Jordi (2012). “Proceso penal admisibilidad de la prueba y tratos inhumanos (comentario sobre la sentencia de la gran sala de del Tribunal Europeo de derechos humanos en el asunto de Gäfgen contra Alemania)”. En *Constitución y sistema penal*. Marcial Pons.
- Borrero, Camilo *et al.* (2002). “La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. En *Revista Pensamiento Jurídico*. Bogotá: Universidad Nacional.
- Caldas, Jorge (2013). *La construcción de la verdad en el proceso penal. La influencia de los medios de comunicación en el proceso paralelo*. Culturalibros.
- Carmona Tinoco, Jorge Ulises (2005). *Los estándares del acceso a la justicia y el debido proceso en los instrumentos internacionales y en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* en “El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: Su jurisprudencia sobre debido Proceso, DESC, Libertad Personal y Libertad de Expresión”. Tomo: II. San José de Costa Rica.

•Bibliografía•

- Caso Estes vs. Texas (1962).
- Caso Rideau vs. Louisiana (1963).
- Caso Chandler vs. Florida (1981).
- Caso Worm vs. Austria del 29 de agosto de 1997.
- Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú. Sentencia del 30 de mayo de 1999.
- Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Sentencia del 5 de febrero de 2001.
- Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. 2 de julio de 2004.
- Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, de 2004.
- Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008.
- Caso Guja vs. Moldova del 12 de febrero de 2008.
- Caso Kimel vs. Argentina. Sentencia del 2 de mayo de 2008.
- Caso Skilling vs. Estados Unidos (2010).
- Castells, Manuel (1997). La era de la información. Volumen 1. Madrid: Alianza.
- Castro Cuenca, Carlos (2009). Derecho penal en la sociedad del riesgo. Bogotá: Ibáñez.
- Chinchilla, Tulio (2009). ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? 2ª ed. Bogotá: Temis.
- Convención Europea de Derechos Humanos.
- Convención Interamericana de Derechos Humanos.
- Constitución Política de Colombia.
- Cuerda Riezu, Antonio et al. (2006). La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos. Madrid: Librería-Editorial Dykinson.
- Declaración de Chapultepec de 1994.
- Decreto 2591 de 1991.
- Dworkin, Ronald (2007). Los derechos en serio. España: Ariel.
- El Espectador (2 de octubre de 2012). Libertad de prensa y democracia. Disponible en: <http://www.elespectador.com/opinion/libertad-de-prensa-y-democracia>. Consultado el 20 de noviembre de 2014.
- El Heraldo (27 de febrero de 2014). Indemnizan a familia del barranquillero Júbiz Hasbún por caso Galán. Disponible en: <http://www.elheraldo.co/judicial/indemnizan-familia-del-barranquillero-jubiz-hasbun-por-caso-galan-144545>
- Fernández Carrasquilla, Juan (2004). *Derecho penal fundamental*. Bogotá: Ibáñez.
- Ferrajoli, Luigi (2005). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

- Ferrajoli, Luigi (2006). *Derechos y garantías*. 5ª ed. Madrid: Trotta.
- Fioravanti, Maurizio (2001). *Constitución de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta.
- Foucault, Michel (2002). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Siglo XXI Editores.
- García Amado, Juan Antonio (1999). *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gómez Pavajeau, Carlos Arturo (2013). *Aspectos liberales y sociales del derecho penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Grosso, Manuel Salvador (2007). *El concepto del delito en el Código Penal*.
- Guerrero Peralta, Oscar Julián (2011a). *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. 2ª ed. Ediciones Nueva Jurídica.
- Guerrero Peralta, Oscar Julián (2011b). *Institutos probatorios del proceso penal*. Ediciones Nueva Jurídica.
- Habermas, Jurgen (2001). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- Hart, H.A.L. (1961). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Hernández Orozco, Horacio y Santoyo Castro, Alejandro (2011). *Deontología jurídica del periodismo. Ética y responsabilidad legal*. España: Tirant Lo Blanch.
- Huertas Díaz, Omar (2009). *La libertad de expresión en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que desarrolla varios aspectos relevantes al tema de estudio*. Bogotá: Ibáñez.
- Huertas Díaz, Omar et al. (comp.) (2005). *Convención Americana de Derechos Humanos. Doctrina y jurisprudencia. 1980-2005*. Bogotá: Ibáñez.
- Israel, Jerold et al. (2012). *Proceso penal y constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo. Texto Introductorio*. Tirant lo Blanch.
- Jiménez Ulloa, Adriana Consuelo (2010). *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Universidad Externado de Colombia.
- Juárez, Mariano Gabriel (2012). "Derecho internacional de los derechos humanos-La regla de exclusión de la prueba prohibida en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos: el caso de la tortura y el juicio de ponderación". En *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.
- Laudan, Larry (2011). *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Argentina: Hamurabi.
- Lombana, Jaime (2013). *Injuria, calumnia y medios de comunicación*. Dike, Universidad del Rosario.
- Londoño Ayala, César Augusto (2012). *Principio de proporcionalidad en el derecho procesal penal*. Ediciones Nueva Jurídica.

•Bibliografía•

- Maier, Julio (2002). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Fundamentos. 2ª ed.
- Malarino, Ezequiel (2012). *Derechos humanos y derecho penal*. Bogotá: Ibáñez, Universidad Javeriana.
- Marrero, Dany (2007). *La Argumentación Jurídica en el Sistema Penal Acusatorio. Una perspectiva pedagógica. Derecho penal Contemporáneo*. Legis.
- Matteucci, Nicola (2008). *Organización de poder y la libertad historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta.
- Melkevik, Bjarne (2006). *Rawls o Habermas: un debate de filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Mir Puig, Santiago (2003). *Introducción a las bases del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Moya, Manuel et al. (2009). *Sistema procesal y metodología de la investigación criminal*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, Universidad Católica de Colombia.
- Navarrete Monasteres, Juan (2005). "Libertad de expresión en el sistema interamericano". En González Voilo, Lorena (coord.). *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*. Tomo 2. San José de Costa Rica: Instituto de Derechos Humanos.
- Navarro Marchante, Vicente J. (2011). "Aproximación a la transparencia informativa sobre el funcionamiento de los poderes del Estado democrático: una referencia de los órganos de naturaleza asamblearia ante los medios de comunicación audiovisual". En *El derecho a la información audiovisual de los juicios*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Navarro Susaeta, Pablo (2009). "Información, comunicación, conocimiento y agencia en la era de la sociedad artificial". En Castro Cuenca, Carlos. *Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Bogotá: Ibáñez.
- Nino, Carlos Santiago (1989). *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Ariel Derecho.
- Opinión consultiva 5 de 1985.
- Opinión Consultiva 8 del 30 de enero de 1987.
- Opinión Consultiva 9 del 6 de octubre de 1987.
- Opinión Consultiva del 16 de octubre de 1999.
- Prieto Sanchis, Luis (2007). *Derechos fundamentales. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Perú: Palestra.
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando (2009). "El control de convencionalidad y el sistema colombiano". En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. No. 12. Julio-diciembre.

- Quinche, Manuel Fernando (2012). Derecho constitucional colombiano de la Carta Constitucional y sus reformas". Temis.
- Rey Cantor, Ernesto (2012). Las generaciones de los derechos humanos. 7ª ed. Bogotá: Universidad Libre de Bogotá.
- Rico Puerta, Luis Alfonso (2012). "Neoconstitucionalismo o constitucionalización del orden jurídico ¿desarrollo legislativo o concreción judicial?". En Filosofía del Derecho. Medellín: Universidad de Medellín.
- Riso Ferrand, Martín (2011). Algunas garantías básicas de los derechos humanos. Bogotá: Ibáñez, Universidad Javeriana.
- Roxin, Claus et al. (1989). Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal. Madrid: Ariel.
- Roxin, Claus (1999). "El proceso penal y los medios de comunicación". En Revista del Poder Judicial. No. 55.
- Roxin, Claus (2007). "¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?". En Hefendehl, Roland (coord.). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?. Madrid: Marcial Pons. Edición española a cargo de Rafael Alcocer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina.
- Sánchez Herrera, Esiquio (2006). La dogmática de la teoría del delito-evolución científica del sistema del delito.
- Sánchez Lugo, Carlos Felipe (2013). "El desarrollo de nuestro sistema penal de corte acusatorio y la actuación de las partes e intervinientes frente a disposiciones constitucionales. Análisis y aportes para su consolidación". En Reflexiones de derecho penal y procesal penal. Bogotá.
- Sansó, Miguel Antonio (2003). Penal y procesal penal. Argentina: Juris.
- Schünemann, Bernd (2012). El sistema moderno del derecho penal. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Sentencia T 512 de 1992.
- Sentencia T 444 de 1992.
- Sentencia T 611 de 1992.
- Sentencia T 525 de 1992.
- Sentencia C 150 de 1993.
- Sentencia C 412 de 1993.
- Sentencia T 332 de 1993.
- Sentencia T 1198 de 2004.
- Sentencia T 16081 de 2004.
- Sentencia SU 056 de 1995.

•Bibliografía•

Sentencia T 602 de 1995.
Sentencia T 074 de 1995.
Sentencia C 037 de 1996.
Sentencia T 322 de 1996.
Sentencia C 022 de 1996.
Sentencia T 066 de 1998.
Sentencia T 605 de 1998.
Sentencia SU 1721 de 2000.
Sentencia SU 1723 de 2000.
Sentencia C 093 de 2001.
Sentencia T 1319 de 2001.
Sentencia C 836 de 2002.
Sentencia C 580 de 2002.
Sentencia C 228 de 2002.
Sentencia C 805 de 2002.
Sentencia T 1083 de 2002.
Sentencia C 004 de 2003.
Sentencia C 455 de 2003.
Sentencia T 1225 – 2003.
Sentencia T 1225 de 2003.
Sentencia C 873 de 2003.
Sentencia C 259 de 2004.
Sentencia T 213 de 2004.
Sentencia T 1198 de 2004.
Sentencia C 1154 de 2005.
Sentencia C 591 de 2005.
Sentencia C 822 de 2005.
Sentencia C 591 del 2005.
Sentencia C 799 de 2005.
Sentencia C 454 de 2006.

Sentencia T 957 de 2006.

Sentencia C 209 de 2007.

Sentencia T 391 de 2007.

Sentencia de Casación Penal Número 26827 del 11 de julio de 2007.

Sentencia C.S. de J. Radicado: 26827- 11 de julio de 2007.

Sentencia C 1198 de 2008.

Sentencia T 920 de 2008.

Sentencia de Casación Penal número: 29416 del 23 de abril de 2008.

Sentencia T 218 de 2009.

Sentencia C 025 de 2009.

Sentencia de casación número: 30782 de 2009.

Sentencia C 144 de 2010.

Sentencia C 127 de 2011.

Sentencia C 127 de 2011.

Sentencia de Casación Penal número 30592 de 2011.

Sentencia T 293 de 2013.

Sentencias T 444 de 1992.

Sentencia Nebraska Press Associatiione vs. Stuart (1976).

Sentencia del Consejo de Estado del 29 de enero de 2014. Radicación 25000232600019951071401.
Consejero Ponente Hernán Andrade.

Sociedad Interamericana de Prensa (11 de marzo de 1994). Declaración adoptada por la Conferencia Hemisférica sobre libertad de expresión celebrada en México, D.F. Suscrita por Colombia.

Stone, Alec y Mathews Jud (2013). Proporcionalidad y constitucionalismo: un enfoque comparativo global. Universidad Externado de Colombia.

Touraine, Alain (1994). Crítica de la modernidad. Buenos Aires: Fondo De Cultura Económica. Sección de Obras de Sociología.

Tribunal Constitucional Español: Sentencias 13/1985 y 176/1988.

Uprimny Yepes, Rodrigo (1995). "Derecho y decisión judicial correcta: un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica". En Revista Pensamiento Jurídico. No. 4. Bogotá.

•Bibliografía•

- Uprimny Yepes, Rodrigo (1998). *“La unidiversalidad de los derechos humanos: conflictos entre derechos, conceptos de democracia en interpretación jurídica”*. En Revista Pensamiento Jurídico. No. 9. Bogotá: Universidad Nacional.
- Uprimny Yepes, Rodrigo y Rodríguez Villabona, Andrés Abel (2003). *Interpretación judicial*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Urbano Martínez, José Joaquín (2012). *La nueva estructura probatoria del proceso penal*. 2ª ed. Ediciones Nueva Jurídica.
- USAID-Consejo Superior de la Judicatura (2005). *El rol de los jueces y magistrados en el sistema penal acusatorio colombiano*. Bogotá.

NOTAS

I ARTÍCULO 29. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

II ARTÍCULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

III ARTÍCULO 250 numeral 4: Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con intermediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

IV ARTÍCULO 18. PUBLICIDAD. La actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general. Se exceptúan los casos en los cuales el juez considere que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes; se afecte la seguridad nacional; se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se comprometa seriamente el éxito de la investigación.

V ARTÍCULO 149. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD. Todas las audiencias que se desarrollen durante la etapa de juzgamiento serán públicas y no se podrá denegar el acceso a nadie, sin decisión judicial previa. Aun cuando se limite la publicidad al máximo, no podrá excluirse a la Fiscalía, el acusado, la defensa, el Ministerio Público, la víctima y su representación legal.

El juez podrá limitar la publicidad de todos los procedimientos o parte de ellos, previa audiencia privada con los intervinientes, de conformidad con los artículos siguientes y sin limitar el principio de contradicción.

Estas medidas deberán sujetarse al principio de necesidad y si desaparecieren las causas que dieron origen a esa restricción, el juez la levantará de oficio o a petición de parte.

No se podrá, en ningún caso, presentar al indiciado, imputado o acusado como culpable. Tampoco se podrá, antes de pronunciarse la sentencia, dar declaraciones sobre el caso a los medios de comunicación so pena de la imposición de las sanciones que corresponda.

PARÁGRAFO. Parágrafo adicionado por el artículo 33 de la Ley 1257 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> En las actuaciones procesales relativas a los delitos contra la libertad y formación sexual y de violencia sexual, el juez podrá, a solicitud de cualquiera de los intervinientes en el proceso, disponer la realización de audiencias cerradas al público. La negación de esta solicitud se hará mediante providencia motivada. Cuando cualquiera de los intervinientes en el

proceso lo solicite, la autoridad competente podrá determinar la reserva de identidad respecto de sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia.

ARTÍCULO 150. RESTRICCIONES A LA PUBLICIDAD POR MOTIVOS DE ORDEN PÚBLICO, SEGURIDAD NACIONAL O MORAL PÚBLICA. Cuando el orden público o la seguridad nacional se vean amenazados por la publicidad de un proceso en particular, o se comprometa la preservación de la moral pública, el juez, mediante auto motivado, podrá imponer una o varias de las siguientes medidas:

1. Limitación total o parcial del acceso al público o a la prensa.
2. Imposición a los presentes del deber de guardar reserva sobre lo que ven, oyen o perciben.

ARTÍCULO 151. RESTRICCIONES A LA PUBLICIDAD POR MOTIVOS DE SEGURIDAD O RESPETO A LAS VÍCTIMAS MENORES DE EDAD. En caso de que fuere llamada a declarar una víctima menor de edad, el juez podrá limitar total o parcialmente el acceso al público o a la prensa.

ARTÍCULO 152. RESTRICCIONES A LA PUBLICIDAD POR MOTIVOS DE INTERÉS DE LA JUSTICIA. Cuando los intereses de la justicia se vean perjudicados o amenazados por la publicidad del juicio, en especial cuando la imparcialidad del juez pueda afectarse, el juez, mediante auto motivado, podrá imponer a los presentes el deber de guardar reserva sobre lo que ven, oyen o perciben, o limitar total o parcial el acceso del público o de la prensa.

ARTÍCULO 152A. <Artículo adicionado por el artículo 67 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> En aras de garantizar la vida e integridad personal de los testigos, el juez o tribunal podrá decretar la prohibición de que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de cualquier otro medio.

VI Ahora bien, se puede colegir que los principios que concretan el proceso penal con tendencia acusatoria son deberes de protección que tiene que respetar el Estado para poder judicializar a un ciudadano. Dichos principios son: ejercicio de investigación oficiosa, igualdad de armas, acusatorio, concentración, inmediatez, oralidad, congruencia, contradicción, defensa técnica y material, publicidad, celeridad, eficacia, lealtad, juez natural, oportunidad, presunción de inocencia, cosa juzgada, *non bis in idem*, más aquellos consignados en el artículo 29 constitucional (debido proceso), y los enunciados en las normas internacionales como los artículos: 8°, 9°, 25 y 27, entre otros, del Pacto de San José de Costa Rica; 2, 7, 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También cabe mencionar la declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, el código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, y otras normatividades sobre las que el Estado colombiano ha reconocido su aceptación y vinculación.

VII Metodológicamente, lo que se pretende en esta parte del escrito es delimitar los derechos que le asisten a cada uno de los partícipes del proceso penal, de tal forma que se pueda comprender que su participación se encuentra protegida por el Estado y al mismo tiempo tiene una serie de formas en que pueden hacerse valer frente a cada acto procesal. Por ello no basta solamente hablar de derechos fundamentales y garantías, sino que estos deben ser concretizados, de tal forma que el lector comprenda cómo la interferencia de un cuarto poder (medios de comunicación) puede llegar a vulnerar todo un marco normativo, lo que en últimas propondrá una vulneración a la garantía de la imparcialidad del operador judicial.

VIII Control previo o control posterior. En algunos casos su control debe ser previo y posterior.

IX Actuaciones de la Fiscalía que requieren ser sometidas a un control de legalidad:

Precisamente, previendo situaciones como las enunciadas, la Ley 906 de 2004 establece cuándo los actos investigativos requieren autorización judicial previa para su realización y cuándo no. Los primeros aparecen en el capítulo II del título I del Libro II de dicha codificación y los segundos en el capítulo subsiguiente del mismo estatuto. El capítulo II en mención contempla, incluso, algunos casos en los cuales ni siquiera se requiere orden de la fiscalía, de modo que la policía judicial está facultada para actuar por su propia iniciativa. Son ejemplos de estos últimos los regulados en los artículos 213, 214 y 215, es decir, inspección del lugar del hecho, inspección de cadáver e inspecciones en lugares distintos al del hecho.

La Ley 906, como se sigue de lo anterior, prevé actuaciones en las cuales si bien no se requiere control judicial previo, exige para su realización la autorización del fiscal respectivo. Tal es el caso de la exhumación (art. 217), de la diligencia de registro y allanamiento (art. 219), de la retención de correspondencia (art. 233), de la interceptación de comunicaciones telefónicas y similares (art. 235), de recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes (art. 236) y de la búsqueda selectiva en base de datos que implique el acceso a información confidencial, referida al indiciado o imputado, o a la obtención de datos derivados del análisis cruzado de las mismas (art. 244.2), entre otros.

•Notas•

Para los eventos expresamente señalados en precedencia el control que consagra el estatuto procesal penal de 2004 es de carácter posterior, como lo tienen establecido sus artículos 237 y 244, inciso tercero.

Según el artículo 246, que encabeza el capítulo III del título I del Libro II de la misma Ley 906 de 2004, todas las demás actividades que adelanta la policía judicial en desarrollo del plan metodológico de la investigación, no contempladas en el capítulo I e impliquen afectación de derechos y garantías fundamentales, requieren para su realización autorización previa del juez de control de garantías. El capítulo III regula, de manera especial, algunos de esos casos, tales como: el registro corporal (art. 247), el registro personal (art. 248), la obtención de muestras que involucren al imputado (249) y la práctica de reconocimientos y exámenes a las víctimas (art. 250), aunque en este último caso cuando no exista consentimiento del interesado.

Es de anotar que la regla establecida en el artículo 246 se excepciona también cuando se trata de los métodos de identificación regulados en el capítulo IV del título que se viene mencionando, esto es, reconocimiento por medio de fotografías o videos (art. 252) y reconocimiento en fila de personas (art. 253). En esos eventos no se requiere autorización judicial previa, aun cuando sí el aval anticipado del fiscal respectivo (CSJ, Sala de Casación Penal, Proceso No. 29992 del 14 de julio de 2008).

X Sobre la capacidad para disponer de la acción penal, si lo general es que el fiscal no pueda por sí mismo disponer de la acción penal (no se toma en cuenta lo referido al archivo de las diligencias ni al desistimiento. Lo primero, porque en estos casos, como lo relaciona el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, no existe siquiera delito; y lo segundo, porque la capacidad de disposición de la acción se radica en el afectado y no en la Fiscalía), y asoma excepcional la facultad de obtener el decaimiento de la pretensión por el camino de solicitar sentencia absolutoria en el alegato propio de la audiencia de juicio oral, apenas lógico es concluir que de ninguna forma la intervención del fiscal cuando ya se ha tomado decisión condenatoria de primera instancia y se apela el fallo condenatorio por la defensa, puede emerger obligatoria para el *Ad quem*, si lo pedido es que se absuelva, en contravía de lo argumentado durante el juicio, sencillamente porque la ley no contempla una posibilidad que, dada su excepcionalidad, necesariamente demanda de reglamentación expresa.

Después del fallo de primer grado, la posición de la Fiscalía es similar a la de las demás partes e intervinientes, vale decir, puede recurrir a los mecanismos ordinarios y extraordinarios de impugnación y está facultado para argumentar en pro o en contra de lo que otros impugnen, pero ello solo tiene efectos de postulación de cara a obtener el convencimiento del juez colegiado (CSJ, Sala de Casación Penal, Proceso No. 28961 del 29 de julio de 2008).

XI Adición, aclaración o corrección en la audiencia de formulación de acusación, facultades de la Fiscalía en esta etapa del proceso, [...] por razón de la división de las atribuciones de acusación y juzgamiento, no es al juez a quien le compete corregir las falencias que, en su criterio, afecten al escrito de acusación, menos aún impedir al fiscal la formulación de la acusación. Si llegare a evidenciar en ella yerros sustanciales habrá, entonces, de adoptar en la sentencia la determinación que sea consecuente con las fallas en que pudo haber incurrido el acusador. Por su parte, los demás intervinientes podrán objetar el cumplimiento de los requisitos del artículo 337 para obtener de la fiscalía las precisiones necesarias en la audiencia de formulación de acusación, pero –reitera la Corporación– es en últimas al ente acusador, no al juez con funciones de conocimiento, a quien le incumbe fijar el alcance del correspondiente escrito.

Lo anterior se desprende del artículo 339 de la Ley 906 de 2004, pues allí se dice que el juez de conocimiento, luego de correr traslado 'a las demás partes' del escrito de acusación procederá a conceder la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y defensa para que se pronuncien sobre causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades si las hubiere, como también para que expresen sus observaciones frente al escrito de acusación, en caso de que estimen que no reúne los requisitos del artículo 337 del mismo estatuto. Lo anterior, con el objeto de que la fiscalía "adicione o corrija de inmediato". Y, agrega la norma: "Resuelto lo anterior [el juez de conocimiento] concederá la palabra al fiscal para que formule la correspondiente acusación". Nótese que el artículo por parte alguna permite inferir que la corrección del escrito que realiza la fiscalía de manera inmediata deba satisfacer las expectativas del juez de conocimiento, en cuanto al cumplimiento de sus requisitos. Es por eso precisamente que el artículo ordena que una vez corregido el escrito –de la manera en que la fiscalía lo estima del caso– lo que sigue es permitirle al fiscal formular la acusación (CSJ, Sala de Casación Penal, Proceso No. 34945 del 17 de noviembre de 2010).

En igual sentido, en cuanto a facultades propias de la Fiscalía en las etapas de imputación y acusación,

El juez, las partes e intervinientes no podrán hacer cuestionamientos al respecto, salvo los comentarios que los dos últimos podrán hacer. El juez solo podrá hacer una valoración formal, la jurisprudencia ha trazado una línea de pensamiento, conforme con la cual la acusación (que incluye los allanamientos y preacuerdos que se asimilan a ella) estructura un acto de parte que compete, de manera exclusiva y excluyente, a la Fiscalía, desde donde deriva que la misma no puede ser objeto de cuestionamiento por el juez, las partes ni los intervinientes, con la salvedad

de que los dos últimos pueden formular observaciones en los términos del artículo 339 procesal.

Lo anterior, porque la sanción para una acusación mal planteada y sustentada, como sucede con cualquier acto de parte, está dada porque al finalizar el juicio la misma no habrá de prosperar. En esas condiciones, la adecuación típica que la Fiscalía haga de los hechos investigados es de su fuero y, por regla general, no puede ser censurada ni por el juez ni por las partes.

Lo anterior igual se aplica en temas como la admisión de cargos y los preacuerdos logrados entre la Fiscalía y el acusado, que, como lo ha dicho la jurisprudencia, son vinculantes para las partes y el juez, a quien se le impone la carga de proferir sentencia conforme lo acordado o admitido, siempre y cuando no surja manifiesta la lesión a garantías fundamentales.

La Corte igual ha decantado que el *nomen iuris* de la imputación compete a la Fiscalía, respecto del cual no existe control alguno, salvo la posibilidad de formular las observaciones aludidas, de tal forma que de ninguna manera se puede discutir la validez o el alcance de la acusación en lo sustancial o sus aspectos de fondo. La tipificación de la conducta es una atribución de la Fiscalía que no tiene control judicial, ni oficioso ni rogado (CSJ, Sala de Casación Penal, Proceso No. 39872 del 6 de febrero de 2013).

XII El profesor Kai Ambos manifiesta: "Según la concepción moderna, la igualdad de armas exige que las partes puedan presentar el caso bajo condiciones que no impliquen ninguna posición desventajosa respecto de la contraparte". En este sentido la Sentencia C 591 de 2005, cuya magistrada ponente es la doctora Clara Inés Vargas Hernández, manifestó, refiriéndose al proceso acusatorio continental europeo: "Uno de los principios básicos del sistema acusatorio de corte europeo, es aquel de la '*igualdad de armas*', encaminado a asegurar que acusador y acusado gocen de los mismos medios de ataque y de defensa para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, es decir, '*que disponga de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación*' (tomado del Tribunal Constitucional Español).

XIII El principio de igualdad de armas consiste en que Fiscalía y defensa gozan de las mismas facultades en orden, la primera a sustentar la acusación y, la segunda, a desvirtuar o a temperar, sin que exista una preeminencia respecto de la otra. Ello se refleja de manera evidente, solo por citar algunas, en figuras novísimas de la ley 906 de 2004, como el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física que se van a utilizar durante el juicio oral, obligación a la que está sujeta la Fiscalía desde el momento mismo de la presentación del escrito de acusación (Art. 337 num. 5º) y que se refuerza, tanto para este interviniente como para la defensa, durante la audiencia de formulación de la acusación (Art. 344).

Dicha figura tiene por objeto no solo brindarle a la contraparte la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción en relación con todos los medios de prueba, sino garantizar el principio de lealtad, con el fin de que no se vea sorprendida con un medio de convicción en relación con todos los medios de prueba, sino garantizar el principio de lealtad, con el fin de que no sea sorprendida con un medio de prueba que no ha tenido la oportunidad de conocer y, en consecuencia, de rebatir.

XIV Noción genérica sobre los aspectos que circundan a la defensa en el sistema penal acusatorio, y sobre las competencias y aptitudes que debe desarrollar el defensor, sea este de confianza o designado por el Estado:

[...] el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera de este modo la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable, sin disminuir por ello la plena vigencia de la presunción de inocencia, criterio este asumido por la CSJ del pronunciamiento hecho con anterioridad por la Corte Constitucional, en la sentencia C-1194 de 2005, y siguiendo la línea argumentativa de la Corte Constitucional se tiene que, "La defensa, por su parte, estará a cargo del abogado principal que libremente designe el imputado, o en su defecto, por aquel que le sea asignado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública, cuya labor consistirá, entre otras, en asistir personalmente al imputado desde su captura, controvertir las pruebas, interponer los recursos de ley, interrogar y contrainterrogar testigos y peritos en audiencia pública. De igual forma, el imputado tiene derecho al ejercicio de todas las garantías establecidas en la Constitución y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad (Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005).

En términos genéricos el quehacer del abogado defensor dentro del proceso está orientado a prestar una colaboración para conseguir una recta y cumplida administración de justicia dentro del Estado social y democrático de derecho, pues su efectiva presencia contribuye a realizar el debido proceso y las demás garantías fundamentales; al

•Notas•

ostentar la condición de parte al lado del imputado o acusado, debe guiarse por los intereses de éste, bien por una relación contractual, ya en razón de su labor de defensor público, ora como defensor oficioso designado por el juez. El abogado defensor no es ni puede ser imparcial, éste es atributo del juez; todo lo contrario su actividad es absolutamente parcializada, pero dentro de la legalidad, en pro de los intereses de su representado, y para que su presencia en los actos procesales garantice el efectivo cumplimiento del derecho de defensa tendrá que presentar las razones de hecho y de derecho que apoyen la versión de aquél, porque, justamente, reitérase, la estructura básica del nuevo sistema penal acusatorio se afianza en el principio de separación de funciones, de acuerdo con el cual dos partes adversarias o contendores jurídicos (fiscalía y acusado-defensor), que representan intereses disímiles, en igualdad de armas se enfrentan con las mismas herramientas de ataque y protección.

El referido artículo 125 de la citada Ley están señalados los deberes y funciones especiales de la defensa, y entre ellas, el numeral 8, prevé que al defensor le asiste el derecho a "No ser obligado a presentar prueba de descargo o contraprueba, ni a intervenir activamente durante el juicio oral", sin embargo, tal prerrogativa, no debe entenderse de manera literal, taxativa y excluyente, pues aun cuando es verdad que el defensor, en el desempeño de su tarea, goza de autonomía científica, amplitud de investigación y libertad de expresión, también es cierto que en el modelo colombiano de enjuiciamiento penal, como lo ha advertido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el nuevo sistema impone a la defensa una actitud pro activa y diligente en el desarrollo y concreción de las labores inherentes a su función, entre ellas las de controvertir pruebas. 4 ib., interrogar, contrainterrogar testigos, peritos .5 ib, etc." (CSJ, Sala de Casación Penal, Proceso No. 26827 del 11 de julio de 2007).

En cuanto a la designación de defensor público por falta de actividad del de confianza, se entiende que la labor de asistencia al procesado, traduce un despliegue de medios y ejercicios orientados a sacar adelante en forma total o parcial, dependiendo del caso, la situación de aquél. Por lo anterior, la jurisprudencia de la Corte ha censurado la pasividad y la inactividad de los defensores, de manera que no es suficiente la designación, reconocimiento o presencia exclusivamente física ni formal de un profesional en el proceso que tan solo acuda a la actuación como un convidado de piedra, sino que se reclama de su parte actos para que la defensa no se quede en el plano de lo abstracto ni de la simple posibilidad, y se proyecte como real y efectiva, pues es solo de esa forma como se satisface la dialéctica de contrarios que identifica al debido proceso penal.

Los ejercicios de defensa técnica integran funciones variadas, que se inician con la comunicación y trato personal que el abogado debe tener con el sindicado. Se dinamizan con la asistencia en diversas diligencias, disponiendo de tiempo y medios razonables para la preparación de sus alegaciones. En el evento de una acusación, está facultado para conocer en su oportunidad todos los elementos probatorios, evidencia física e informaciones de que tenga noticia la Fiscalía General de la Nación, incluidos los que sean favorables al procesado. Desde luego, adquiere su mayor proyección en los actos de impugnación y de contradicción probatoria a que haya lugar, y ello es aplicable como deberes y atribuciones tanto a los defensores de confianza como a los de oficio.

El derecho de defensa como garantía constitucional es en determinadas circunstancias absoluto, postulado del cual se deriva que aquella debe ser continua e ininterrumpida, pero esa calidad o naturaleza no traduce que la voluntad del imputado o acusado frente a la facultad que tiene de escoger un defensor de confianza sea inquebrantable o inamovible como parecieran entenderlo quienes han solicitado la nulidad.

En los contenidos materiales de la defensa técnica, antes que integrarse a ellos un culto al individuo de quien oficia como tal, en su contrario lo que se valora es la idoneidad, facultad o virtud que no se dinamiza en abstracto, sino que por el contrario se materializa es en la práctica de lo concreto a través de actos reales y efectivos los que distan de la simple nominalidad, razones más que suficientes de las que se infiere la inexistencia de la nulidad solicitada (CSJ, Sala de Casación Penal, Proceso No. 30747 del 16 de marzo de 2009).

XV Situación de desconocimiento del defensor de la mecánica propia del nuevo sistema en ejercicio de su defensa técnica: El derecho a la asistencia jurídica profesional en el curso de la investigación y el juzgamiento, ya dispuesta por la persona inculpada, o en su defecto provista por el Estado, se encuentra reconocido en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, así como en los literales d) y e) del numeral 2º del artículo 8º de la Convención Americana de San José de Costa Rica (Ley 16 de 1972), en el numeral 3º del artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (Ley 74 de 1968) y en el artículo 8º, 118 y demás normas concordantes de la Ley 906 de 2004.

El referido derecho se caracteriza por ser intangible, material y permanente. La intangibilidad alude a su carácter irrenunciable, de manera que aún si el inculcado opta por no designar abogado de confianza encargado de representar sus intereses, el Estado está en la obligación indeclinable de proveérselo; la materialidad se refiere a su efectiva garantía real más allá del simple reconocimiento nominal, o de la mera asistencia formal de un profesional de derecho,

es decir, precisa de la realización de actos ciertos en beneficio de los intereses del representado, ya en forma positiva, o bien, adoptando el silencio como estrategia defensiva, siempre que no abandone su encargo y representación.

El carácter permanente apunta a su garantía continua durante el desarrollo de toda la actuación, sin que puedan existir periodos en que los sindicados carezcan de tal asistencia, en cuanto se limitarían indebidamente las posibilidades de controversia -salvo que dicha omisión resulte irrelevante en cada caso en concreto-.

El desconocimiento de una cualquiera de dichas características, siempre que sea trascendente, torna ilegítimo el diligenciamiento e impone la declaratoria de su invalidez en procura de rehacer la actuación, con el propósito de surtir la nuevamente, ahora con el lleno de las garantías dispuestas en la Constitución, la ley y demás instrumentos internacionales que se ocupan de tal temática (CSJ, Sala de Casación Penal, Proceso No. 30363 del 4 de febrero de 2009).

XVI Alcance y contenido de la defensa técnica:

Si bien es cierto que algunos derechos que se incorporan al derecho de defensa son renunciables (art. 8° lit. b y k, *ibídem*), cuando se acepta comparecer al juicio oral éste tiene que desarrollarse imperativamente a tono con sus características: público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con intermediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda el acusado, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate.

En síntesis: el defensor está obligado a utilizar con habilidad, que no habilidosamente, todos los mecanismos procesales, sustanciales y probatorios para que su representado resulte favorecido pues, como decía CALAMDREI, el único límite que tiene el defensor para ejercer su defensa es el juego limpio porque la habilidad en la competición es lícita aunque no se permite hacer trampas (CSJ, Sala de Casación Penal, Proceso No. 27283 del 01 de agosto de 2007). En cuanto a la alegación de mejor condición profesional o estrategia defensiva en el desarrollo de la defensa técnica:

El derecho de defensa, en la expresión que traduce el imperativo de que el sujeto pasivo de la acción penal esté asistido por un profesional abogado, cuyos calificados conocimientos son prenda de garantía de la protección de sus prerrogativas procesales, ciertamente no solo se enfoca en el sentido de ser necesaria y obligatoria dicha formal asistencia una vez dada su designación o nombramiento, sino en el real despliegue de argumentos que tiendan a beneficiar la condición del imputado en todo el decurso de la investigación y trámite procedimental, así como principalmente dirigidos a refutar la acusación y obtener una decisión lo más favorable posible a sus intereses.

Acorde con el principio de la defensa técnica efectiva, normado como rector en el artículo 8° de la Ley 906 de 2004, entre los derechos inherentes al imputado está el de ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado (Sistema Nacional de Defensoría Pública), cuya designación procede a partir de que se le comunique esa condición al presunto implicado, o desde la captura, o desde la formulación de la imputación, según el caso, y con quien ha de garantizársele la oportunidad de mantener comunicación privada (artículos 119, 125 y 303.4 *id.*), en forma tal que para el momento de la primera audiencia ya se tenga asistencia letrada.

De acuerdo con el artículo 125 en mención, el defensor tiene diversas prerrogativas para el cumplimiento de su encargo que son compatibles con las facultades genéricas con que cuenta en desarrollo de la investigación-conc. artículo 267 *ibídem.*, haciéndose imperiosa su presencia al momento de la formulación de la imputación, la formulación de la acusación, la audiencia preparatoria y, desde luego, en el rito oral del juicio.

Así, se exige en general al defensor un eficaz despliegue de esfuerzos y razones relevantes con miras a que la defensa técnica se emplee y realice efectivamente bien a través de la preservación de la libertad del inculcado, como la aducción de cualquier instrumento de defensa que legalmente sea válido para refutar la tipicidad de la conducta, establecer la justificación de la misma o la inculpabilidad del imputado y primordialmente en orden a contrarrestar el sustento fáctico y jurídico de la acusación, en forma tal que dicha dinámica se haga manifiesta en la confrontación de las pruebas aportadas por la Fiscalía y en la reclamación de las propias que se pretendan hacer valer en el juicio (CSJ, Sala de Casación Penal, Proceso No. 25247 del 28 de septiembre de 2006).

XVII Planteamiento y desarrollo de la táctica de defensa: respecto del tema de la defensa técnica y los factores que conducen a declarar la nulidad por ausencia de la misma, bastante se ha dicho por la jurisprudencia de la Corte, enfatizando cómo a la definición de efectiva vulneración no puede llegarse por el camino de la simple disparidad de criterios con lo realizado por el profesional del derecho, ni es la crítica un asunto que derive consecuencia de la decisión adversa tomada por la judicatura en contra del acusado, pues, siempre será posible, en el plano de la simple especulación, decir que cualquier tipo de actividad distinta a la que se realizó pudo llevar a mejores consecuencias. También se tiene establecido que la buena fortuna del reproche reposa no en advertir determinadas omisiones o inadecuada actuación del abogado, sino en establecer objetivamente que ese comportamiento generó en concreto

•Notas•

efectos dañosos de tanto calado, que de no haberse materializado otra hubiese sido la suerte del procesado, o cuando menos, el resultado hubiese sido menos perjudicial para sus intereses judiciales (CSJ, Sala de Casación Penal, Proceso No. 41544 del 3 de julio de 2013).

XVIII El derecho a la verdad conlleva la posibilidad de conocer lo sucedido buscando una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real, en especial frente a las grandes violaciones de derechos humanos.

XIX El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, en otras palabras, el derecho a que no haya impunidad.

XX El derecho a la reparación pretende la indemnización de perjuicios causados con el ilícito, pretendiendo volver las cosas a su estado anterior.

XXI Se puede entender que el contexto es un conflicto armado en donde las víctimas pueden ser la población civil, los combatientes que han depuesto las armas, o que han sido capturados en el ejercicio de una operación militar, la misión médica, los religiosos y el personal administrativo de una de las partes en conflicto, entre otras.

XXII En síntesis, su intervención en este modelo de enjuiciamiento siempre estará presidida por la vigencia de los bienes jurídicos cuya guarda se le encomendó, lo cual explica que su participación no alcance la plenitud de la calidad de parte, razón por la cual el código expresamente autoriza su presencia para convalidar o legitimar los actos que afectan las garantías fundamentales; faculta su intervención frente a la disposición y el ejercicio de la acción penal; permite su participación activa en la realización de las audiencias; le concede cierta participación en la dinámica probatoria; le encomienda de manera especial y específica la protección de los intervinientes procesales; le otorga capacidad de injerencia en lo relacionado con la privación de la libertad; le encarga la protección de la legalidad de las decisiones judiciales; y, lo erige como garante de la imparcialidad, de la independencia judicial y del juez natural; para lo cual dispone frente a esos cometidos constitucionales de las acciones y recursos previstos en el ordenamiento (Sentencia 30592 de 2011).



Editado por la Universidad Católica de Colombia en julio de 2015, en tipografía Times New Roman, tamaño 11 pts.
Publicación impresa
Hipertexto Ltda.

Impreso por:
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A
Carrera 69h #77 - 40, Bogotá.
Tel. (1) 6020808

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

JUS-Penal es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las instituciones, doctrinas y prácticas relacionadas con la creación, interpretación y aplicación del derecho penal. Buscando esquemas más allá de los diseñados para interpretar la ley y teniendo como horizonte una mejor comprensión y desarrollo de la justicia penal colombiana e internacional, esta colección busca aportar elementos para el debate y la formación de un pensamiento penal crítico, tanto en la comunidad académica como en los profesionales que participan en el campo jurídico-penal.

Otros títulos de la Colección

JUS - Penal:

- Derecho, seguridad y globalización
- Las drogas: políticas nacionales e internacionales de control, una introducción crítica
- El principio de complementariedad en el derecho penal internacional
- Bienes jurídicos
- Delitos de peligro abstracto en el derecho penal colombiano

¿Pueden los medios de comunicación valorar pruebas antes de ser llevadas a juicio, en las que se controvierta el principio de presunción de inocencia? Para dar respuesta a este interrogante en la presente obra se estudia el concepto de democracia, su relación con el derecho a la libertad de expresión, que agrupa tanto el derecho a informar como a opinar, especialmente en el área del derecho penal.

Posteriormente se entrelaza la relación existente entre Estado social de derecho y el proceso penal, haciendo énfasis en su componente democrático con el derecho penal, relacionando el principio de publicidad externo e interno del sistema de enjuiciamiento criminal:

“Sistema Penal Acusatorio” Ley 906 de 2004, con las informaciones y opiniones que realizan los medios de comunicación observadas dentro de las garantías procesales que rodean el juicio penal en favor de los procesados.

